Unzucht bei Mißbrauch eines sittlich-rechtlichen Autoritätsverhältnisses

---

Inaugural-Dissertation
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Max Schottenhamel
Assessor aus München

Approbiert am 12. Dezember 1936

Gedruckt
im Tageblatt-Haus Coburg
1937

1937/55

Referent: Univ.-Professor Dr. Köhler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533921_0024

Inhaltsübersicht.

Seite:

I. Einleitung 9
Kriminalpolitik und Geschichte

II. Das Autoritätsverhältnis im rechtlichen Sinn 12

III. Der äußere Tatbestand 14

A. Im allgemeinen 14

B. Die Autoritätspersonen im einzelnen 22

IV. Der innere Tatbestand, insbesondere das vollendete Verbrechen und der Versuch 40

V. Die Teilnahme 48

VI. Eindeutige und wahldeutige Feststellung 51

VII. Die Reform und die ausländische Strafgesetzgebung 53

Literatur.

Allfeld: Strafrecht 8 1927.

Badisches Strafgesetzbuch 6 III 1845.

Bayerisches Strafgesetzbuch 10 VII 1861.

Braunschweigisches Strafgesetzbuch Ic VII 1840/43.

Burgener, Rupert: Zur Lehre von den Sittlichkeitsdelikten, insbesondere § 174. Dissertation 1908.

van Calker: Strafrecht 1927.

Dehnow, Fritz: Sittlichkeitsdelikte und Strafrechtsreform 1922.

Deutsche Juristenzeitung.

Deutsche Richter Zeitung.

Dorn, Hanns: Strafrecht und Sittlichkeit zur Reform des Deutschen Strafgesetzbuches.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch IV. Auflage.

Eichmann: Katholisches Kirchenrecht Bd. I.

Eisler: Wörterbuch der philosophischen Begriffe Bd. I.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Frank: Strafgesetzbuch 17. Auflage.

Freiesleben-Kirchner-Niethammer: Strafgesetzbuch Ergänzungsband zum J. von Olshausen'schen Kommentar. 1936.

Gerichtssaal.

Gerland: Strafrecht 2, 406 f.

Glaeser, Heinrich: Schutz der geschlechtlichen Freiheit gegen Ausbeutung eines Abhängigkeitsverhältnisses 1914.

Goltdammer's Archiv.

Hannover'sches Strafgesetzbuch 8 VIII 1840.

Hessisches Strafgesetzbuch 17 IX 1841.

v. Hippel: Deutsches Strafrecht.

Gleisbach bei Gürtner: Das kommende deutsche Strafrecht 2, 2, 198 ff.

Denkschrift: Nationalsozialist. Strafr. v. Kerrl 1933 S. 58.

Höffting, H.: Ethik 1888.

v. Hildebrand: Das Wesen der echten Autorität 1931.

— Zum Wesen der echten Autorität in Viertel-Jahresschrift für wissenschaftliche Pädagogik 1931.

Hörmann: Leipziger Zeitschrift 1922.

Hoffmann u. Stern: Sittlichkeitsvergehen an höheren Schulen und ihre disziplinäre Behandlung; herausgegeben vom Preußischen Ministerium für Wissenschaft, Kunst und Volksbildung 1928.

Ikenberg, Ernst: Sittlichkeitsdelikte unter Ausbeutung von Abhängigkeitsverhältnissen. Dissertation.

Juristische Wochenschrift.

Kerschensteiner, G.: Autorität und Freiheit als Bildungsgrundsätze 1924.

Köhler, August: Deutsches Strafrecht 1917.
— Rektoratsrede vom 3. 11. 1928 in Erlanger Universitätsreden.
— Die Sittlichkeitsdelikte des Strafgesetzentwurfs 1927 (Gerichtssaal Bd. 96, S. 360 ff.).
Kürstemer: Zur Psychologie der Autorität mit besonderer Berücksichtigung der Jugendbewegung. Dissertation 1922.
Lipp: Ethische Grundfragen.
v. Liszt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 25/26 Aufl.
— Zur Vorbereitung des Strafgesetzentwurfs; strafrechtliche Aufsätze und Reden, Bd. II.
Militärstrafgesetzbuch vom 16. 6. 1926.
Mittermaier: Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit in vergleichender Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts Bd. IV.
— Die Sittlichkeitsdelikte im Entwurf 1925 in „Der Abolitionist" XXIV Jahrgang Nr. 3.
Nagler: Die Teilnahme am Sonderverbrechen.
Nehlis, Heinrich Josef: Die Autorität als pädagogisches Problem 1933.
Oberlandesgerichtliche Rechtsprechung.
Olshausen: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. XI. Aufl. 1927.
Peschke, Kurt: Der Schutz der geschlechtlichen Freiheit in Abhängigkeitsverhältnissen in strafrechtlichen Abhandlungen von Dr. von Lilienthal, Heft 154/1912.
Pfeiffer, Hans: Die Begriffe Sittlichkeit, unsittlich, Schamgefühl, Unzucht, unzüchtige Handlungen in den §§ 174 ff. StBG. Dissertation 1915.
Preußisches Strafgesetzbuch 14 IV 1851.
Quanter, Rudolf: Die Sittlichkeitsverbrechen im Laufe der Jahrhunderte und ihre strafrechtliche Beurteilung 1904.
Kammergerichts-Zeitung. Leipziger Kommentar.
Sächsisches Strafgesetzbuch vom 30. III. 1838.
Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher. Walter de Gruyter & Co.
Schmelzeisen: Das Recht im nationalsozialistischen Weltbild in „Neugestaltung von Recht und Wirtschaft", herausgeg. von Schaeffer, Heft 2, 1934.
Schmitz, Fritz: Das Wesen der Autorität mit besonderer Berücksichtigung der pädagogischen Autorität. Dissertation 1929.
Schroeder: Die Strafbarkeit der Unzucht mit Jugendlichen in Sächsische Blätter für Wohlfahrtspflege 1930, S. 231.
Schwarz, Otto: Strafgesetzbuch, III. Aufl., 1935.
Strassburger: Die Sittlichkeitsdelikte im Strafgesetzentwurf 1927. Dissertation.
Tessen-Wesierski: Von dem Autoritätsbegriff in den Hauptphasen seiner historischen Entwicklung. Paderborn 1907.
Thoma, Ernst: Der strafrechtliche Schutz gegen den sexuellen Mißbrauch von Abhängigkeitsverhältnissen. Dissertation.
Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Pädagogik, Heft 2.
Vorentwurf für ein Deutsches Strafgesetzbuch 1927.
Weisbrod: Die Sittlichkeitsverbrechen vor dem Strafgesetzbuch 1891.
Wynecken, G.: Schule und Jugendkultur 1919.
Weimar'sches Strafgesetzbuch vom 20. III. 1850/28. V. 1850.
Württembergisches Strafgesetzbuch vom 1. III. 1839.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

I. Einleitung.

Kriminalpolitik und Geschichte.

Die Erregung und Befriedigung des geschlechtlichen Triebs ist grundsätzlich ein Recht der freien Selbstbestimmung, so daß die Gestaltung des Geschlechtslebens, insbesondere der Akt der sinnlichen Lustbefriedigung, nur den Schranken von Recht und Sitte unterworfen ist. Die Ueberschreitung der Sittengesetze, d. h. der in langer Gewohnheit und Uebung eines Volkes dem geschlechtlichen Verkehr gezogenen Schranken [1]), oder der Wohlgezogenheit in Beziehung auf die Lust, welche der Geschlechtsverkehr gewährt [2]), oder der sozialen Regeln für den Geschlechtsverkehr des Menschen [3]), stempelt die Handlungsweise zwar als unsittlich (unmoralisch), aber nicht ohne weiteres als widerrechtlich und strafbar. An diesem, auf der von Kant betonten Trennung von Moral und Legalität beruhenden Grundsatz hat auch der nationalsozialistische Staat trotz der von ihm vertretenen Anschauung, daß Recht und Sittlichkeit keinen Gegensatz bilden, sondern sich wechselseitig durchdrängen, zunächst nichts geändert. Adolf Hitler hat auf dem Leipziger Juristentag 1933 ausgeführt, „von nun an gäbe es keinen Unterschied mehr zwischen Recht und Moral", siehe Schmelzeisen, „Das Recht im nationalsozialistischen Weltbild", S. 35. Daraus folgt, daß, auch wenn die Dynamik des Geschlechtstriebs in der Erregung und Befriedigung zu Ausführungsgestaltungen führt, die das Sittengesetz ablehnt, diese Gestaltungen als solche nicht strafbar zu sein brauchen, bzw. nicht strafbar sind. Es genügt in dieser Beziehung, auf das erotische Ausleben in der Ehe hinzuweisen, das, wie der Prozeßstoff in Ehescheidungsprozessen zur Genüge beweist, mitunter so gestaltet wird, daß es nicht nur unsittlich, sondern auch unzüchtig in dem später zu erörternden Sinn zu bezeichnen ist. Trotzdem sind diese Handlungen, insoweit sie sich im Ehebett oder sonst im verborgenen abspielen, als solche nicht strafbar, womit nicht gesagt sein soll, daß die Ehe grundsätzlich ein Freihafen der Unzucht

[1]) v. Liszt, S. 364.
[2]) Villnow G., S. 108.
[3]) Mittermaier; Goltdammers Archiv, Bd. 59, S. 3.

sei[4]). Strafbar sind solche Triebhandlungen nur, wenn sie unmittelbar wesentliche staatliche oder doch vom Staat geschützte Interessen des Individuums, welch letztere auch als Rechtsgüter bezeichnet werden, verletzen. Nur insoweit soll und will der Gesetzgeber der Selbstbestimmung auf dem Gebiet des Geschlechtslebens Grenzen ziehen.

Solche kriminalpolitische Erwägungen liegen auch der Norm des § 174 Abs. 1 zugrunde. Sie will Personen, die der Autorität einer anderen Person in gewisser Beziehung unterworfen sind, gegen den Mißbrauch des Autoritätsverhältnisses in Gestalt eines Angriffs auf geschlechtlichem Gebiet schützen, das Autoritätsverhältnis mithin von einer geschlechtlichen Atmosphäre rein halten. Auch der Gesichtspunkt des Jugendschutzes, der mit Rücksicht darauf, daß die Jugend infolge ihrer Unerfahrenheit, Einsichtslosigkeit und Mangel an Widerstandskraft Angriffen geschlechtlicher Natur in hohem Maße ausgesetzt ist, eine besondere Aufgabe des Gesetzgebers sein muß, ist eine Erwägung bei dieser Gesetzgebung gewesen. Die Bestimmung bildet aber auch eine grundsätzliche Anerkennung der geschlechtlichen Freiheit, die in Gestalt der ungehemmten freien persönlichen Entfaltung des geschlechtlichen Lebens in seelischer und leiblicher Beziehung das Fundament des geschlechtlichen Lebens bildet: Eine Freiheit, die als immaterielles Rechtsgut[5]) einerseits gegen Gewaltakte und Ausbeute geschützt wird, andererseits sich Beschränkungen in sittlicher und rechtlicher Beziehung auferlegen muß; denn in der menschlichen Gesellschaft darf ein Individuum nie Mittel für die Zwecke eines anderen sein. Da die kriminalpolitischen Erwägungen nicht nur für die Auslegung der Strafnorm, sondern auch für die Systematik von Bedeutung sind, kann bezweifelt werden, ob die Einreihung in die Sittlichkeitsdelikte zutreffend ist. Die Strafnorm hätte vielleicht auch in der Reihe der Verfehlungen gegen die persönliche Freiheit ihren Platz gehabt; das Italienische Strafgesetzbuch vom 19. X. 1930 hat z. B. den Autoritätsmißbrauch unter „Die Angriffe auf die Scham und die geschlechtliche Ehre" eingereiht (Art. 530, 541).

Schon in den Gesetzgebungen vergangener Zeiten, die eine umfassende Regelung der Verfehlungen auf dem Gebiete des Geschlechtslebens nicht kennen, finden sich nur vereinzelte Bestimmungen strafrechtlicher Natur, die von dem Gedanken getragen sind, daß Unsittlichkeit in dem Verhältnis zwischen Vormündern, Predigern, Lehrern

[4]) Pfeiffers, S. 15, 16; Goltdammer's Archiv, B. 59, S. 3.
[5]) RG. 46, 301.

und Erziehern und ihren Pflegebefohlenen nicht geduldet werden können. In den neuzeitlichen Strafgesetzgebungen und Reformvorschlägen zu neuen Strafgesetzen findet man dagegen, soweit ersichtlich, ausnahmslos die Bestrafung von Personen, die in der Ueberordnung auf Grund eines Autoritätsverhältnisses, bzw. Machtverhältnisses sich mit den ihnen unterstellten Personen geschlechtlich verfehlen.

Das Römische Recht (lex unica, Cod. Lib. IX. tit. X) bestraft die Unzucht eines Vormundes mit seinen Pflegebefohlenen mit Deportation. Die peinliche Gerichtsordnung Karls V. (Carolina) kennt eine solche Straftat nicht, dagegen der Sachsenspiegel. Das Preußische Landrecht, Teil II, Titel 20, §§ 1031, 1932, bestraft die Schändung durch Erzieher, Prediger, andere Lehrer und Stiefeltern. Die constitutio criminalis Theresiana 1768 bestimmt in Art. 82, daß die Strafe der gewöhnlichen Unzucht ganz bedeutend erschwert werden soll, „wenn ein Lehrmeister die ihm zur Unterweisung anvertraute Weibsperson, auch mit ihrer Einwilligung, zu Fall bringt". In solchen Fällen soll der boshafte Verführer schärfer als in gemeinen Unzuchtsfällen durch öffentliche Auspeitschung, andere schwere Leibesstrafen, Landesverweisung und evtl. sogar mit dem Tod bestraft werden[6]). Die Gesetzgebungen der deutschen Staaten im 19. Jahrhundert, die grundsätzlich auf dem Standpunkt stehen, daß nur bestimmte Arten sittlicher Verfehlungen in geschlechtlicher Beziehung kriminell zu ahnden, andere dagegen nur als Ehrverletzung oder als Verfehlungen nach Polizeigesetzen oder überhaupt nicht strafbar sind, haben die Unzucht zwischen Vormündern, Pflegeeltern, Lehrern, Erziehern und Geistlichen mit ihren minderjährigen Schutzbefohlenen für strafbar erklärt[7]). Auch das österreichische Strafgesetzbuch vom 3. IX. 1803 bedroht die Verführung, die dadurch erfolgt, daß eine Person, die zur Erziehung und Aufsicht anvertraut ist, zur Unzucht verleitet wird. (§ 115).

[6]) Siehe Quanter, S. 172 ff., 181; Dorn, S. 31; Burgener, S. 15.

[7]) Siehe Bayerisches Strafgesetzbuch 1813, Art. 207; Sächsisches Strafgesetzbuch vom 30. III. 1838, in Altenburg in Kraft seit 1841, Art. 304; Württembergisches Strafgesetzbuch 1. III. 1839, Art. 298; Braunschweigisches Strafgesetzbuch 10. VII. 1840, in Detmold eingeführt 1843, § 191; Hannover'sches Strafgesetzbuch 8. VIII. 1840, Art. 277; Hessisches Strafgesetzbuch 17. IX. 1841, Art. 333; Badisches Strafgesetzbuch 6. III. 1845; Das Strafgesetzbuch von Weimar-Eisenach, Schwarzburg, Anhalt, Dessau und Kothen 20. III. 1850/28. V. 1850; Das Preußische Strafgesetzbuch vom 14. IV. 1851, §§ 139, 1491; Das Bayerische Strafgesetzbuch vom 10. VII. 1861, Art. 212, 216.

II. Das Autoritätsverhältnis im rechtlichen Sinn.

Der Begriff des Autoritätsverhältnisses ist in der Strafnorm nicht festgelegt. Der Gesetzgeber hat angenommen, daß zwischen den im einzelnen aufgeführten, als Täter in Betracht kommenden Personen und den Schützlingen jeweils ein Schutzverhältnis im Sinne der Autorität besteht. Es ist dies, wie die folgenden Ausführungen ergeben werden, auch regelmäßig der Fall, braucht aber nicht immer so zu sein. Insbesondere braucht ein Lehrer oder ein Erzieher, wenn er auch im landläufigen Sinn als solcher zu betrachten ist, dies nicht im Sinne des § 174, Abs. 1 StGB. zu sein. Es ist daher geboten, die Kriterien eines sogenannten Autoritätsverhältnisses festzustellen.

Im Rahmen einer rechtlichen und rechtspolitischen Untersuchung kann es nicht Aufgabe sein, das Wesen der „Autorität" in rechtsphilosophischer- und pädagogischer Beziehung im einzelnen zu untersuchen und zu den verschiedenen Theorien, sowohl naturalistischen, d. h. Auswirkung der Macht mit Sympathieeinfluß, als auch idealistischen, d. h. ideeller Geltungseinfluß der durch den Autoritätsträger verkörperten Werte, kritisch Stellung zu nehmen.

Im rechtlichen Sinn spricht man von einem Autoritätsverhältnis nur in dem Sinne von „Autoritäthaben", d. h. der Autoritätsträger steht zu dem Autoritätsobjekt in solchen Beziehungen, die ihm nach einer bestimmten Rechtsordnung zur Wahrnehmung von rechtlichen Funktionen berechtigen, ihm mithin eine Ueberlegenheit mit der Folge der Abhängigkeit des Autoritätsobjekts gewähren. Echte Autorität liegt nur vor, wenn mit der Ueberlegenheit des Autoritätsträgers auch ein Machtverhältnis gegeben ist. Jedes Autoritätsverhältnis ist daher begrifflich Machtverhältnis, während nicht jedes Machtverhältnis auch Autoritätsverhältnis ist. So ist das zwischen dem Unternehmer und Arbeiter, dem Herrn und Diener bestehende Unterordnungsverhältnis kein Autoritätsverhältnis, weil es auf einer rein wirtschaftlichen Grundlage, nämlich der des Zweckvertrages beruht, der jederzeit kündbar ist und deshalb der Uebermacht des Dienstberechtigten und der für das Autoritätsverhältnis erforderlichen Innigkeit der Beziehungen ermangelt. Autorität ist daher grundsätzlich mit rechtlicher

Abhängigkeit, Abhängigkeit aber nicht mit Autorität verbunden. Zu weit geht Dietrich v. Hildebrand, der für das Vorliegen eines Autoritätsverhältnisses eine dauernde Abhängigkeit verlangt.

Autoritätsverhältnisse können entstehen durch objektive Lebenszusammenhänge und Kulturbeziehungen oder auf Grund eigener Einsicht und Wertschätzung, Bejahung und Anerkennung des Autoritätsträgers. Anstatt der Bezeichnung „primäres und sekundäres" wählt man besser „gesetzliches und gewillkürtes" Autoritätsverhältnis. In diesem Sinne spricht man von Autorität infolge eines natürlichen oder gesetzlichen Schutzverhältnisses, z. B. bei dem Verhältnis von Eltern und Vormündern zu den Kindern und Mündeln, infolge eines Amtsverhältnisses z. B. bei dem Verhältnis des staatlichen Lehrers zu den Schülern, des Geistlichen zu den Beichtkindern und eines Abhängigkeitsverhältnisses infolge eines rein psychischen Autoritätsverhältnisses z. B. bei dem Verhältnis zum Privatlehrer und Erzieher, des Klienten oder Patienten zum Rechtsanwalt oder Arzt ohne Amtscharakter.

Die Zeitgeschehnisse haben das Autoritätsproblem nicht nur für die Pädagogik, sondern auch für das Rechtsleben in den Vordergrund der wissenschaftlichen Erörterungen gestellt. Die Programmentwicklung einer breiten Strömung der deutschen Jugend und der pädagogischen Reformbewegung, die in den Institutionen des nationalsozialistischen Staates zum Teil verwirklicht ist, lehnt die Autorität, da sie nur Machtanspruch und Selbstsucht bedeute, ab und verlangt Beseitigung aller Traditionen, aller fertigen, aufgezwungenen autoritären Urteile und die Angliederung an die bestehende Kultur und Lebensform. Es wird unter Ablehnung der Autorität eine Führung, die die sittliche Autonomie der Jugend anerkennt und sympatische Führung nach eigener Wahl, mithin eine Gemeinschaft von Erzieher und Zögling verlangt. Es ist daher zu der Frage Stellung zu nehmen, ob die Relationen in diesem Sinn noch als Autoritätsverhältnisse zu betrachten sind, eine Frage, die im späteren Verlauf der Abhandlung von praktischer Bedeutung werden wird.

Die Autorität bedeutet allerdings Ueberordnung. Die Gleichordnung ist ihr aber nicht wesensfremd. Im Gegenteil, sie wird durch das Wesen der Autorität, die die Machtentfaltung nicht als Selbstzweck betrachten darf, sondern den Dienst am Menschen in den Vordergrund stellen muß, geradezu gefordert. Das Autoritätsverhältnis verträgt daher auch die Atmosphäre der Freiheit, die, wenn sie mit

dem Gefühl der Liebe und Wertschätzung verbunden ist, immer noch als Unterordnung bezeichnet werden kann. Die erfolgten bzw. angestrebten Umgestaltungen auf dem Gebiete der Jugenderziehung und Ertüchtigung bedeuten daher nur eine psychologisch bedingte Veränderung der Form des Erziehungsverhältnisses und nicht eine Ausschaltung der erzieherischen, charakterbildenden Einflußmöglichkeiten der zur Führung berufenen oder gewählten Personen. Es wird übrigens von dieser Bewegung ausdrücklich betont, daß die Gemeinschaft von Erzieher und Zögling Respekt und Gehorsam verlangt, allerdings nur ein Führen und Folgen wie zwischen Meister und Jünger. „Führer werden geboren; wer es nicht ist, soll gehorchen". Es sind mithin auch unter den veränderten Zeitverhältnissen auf dem Gebiet der Jugenderziehung autoritäre Relationen grundsätzlich zu bejahen [8]).

III. Der äußere Tatbestand.

A. Im allgemeinen.

Er erfordert zunächst die Vornahme einer unzüchtigen Handlung; was als unzüchtige Handlung aufzufassen ist, ist im Strafgesetz nicht erläutert [9]).

Die Rechtslehre und die Rechtsprechung stehen auf folgendem Standpunkt: Die Handlung ist dann unzüchtig, wenn sie objektiv das allgemeine (normale) Schamgefühl in geschlechtlicher Beziehung verletzt und der Absicht entsprungen ist, seine eigene Sinneslust oder die des anderen Teils oder eines Dritten zu erregen oder zu befriedigen. Befriedigung des Geschlechtstriebs braucht nicht das Ziel zu sein, das geschlechtliche Motiv genügt, auch wenn es nicht erkennbar in die Erscheinung tritt [10]).

Das Werturteil, das zu fällen ist, um die Frage zu entscheiden, ob eine Handlung unzüchtig ist oder nicht, ist mithin in dem Sinne eines Urteils des gesunden Volksempfindens auf dem Gebiet des Ge-

[8]) Siehe Nelis, S. 146, 156, 190, 191, 207; G. Wynecken, S. 26-30; Hildebrand, S. 185 ff.; siehe auch Döring und Kerschensteiner.

[9]) Das italienische Strafgesetzbuch v. 19. X. 1930 hat den Begriff der Unzüchtigkeit umrissen. Es sagt „im Rahmen des StGB. gelten als unzüchtige Handlungen die, welche nach allgemeinem Empfinden die Scham verletzen".

[10]) Siehe Ebermayer, § 174, Anm. 2; Allfeld 8, 397; Gerland 2, 406; Olshausen, § 174, Anm. 4, 5; Frank, § 174, Anm. I, 1, 2; RG. 67, 110.

schlechtslebens gedacht. Sittenrichter soll die Allgemeinheit sein. Sie soll beurteilen, ob das äußere Geschehen im Zusammenhalt mit der begleitenden Gesinnung insbesondere dem mit der Handlung verfolgten Zweck des Täters vom Standpunkt der geschlechtlichen Sittlichkeit abzulehnen ist oder nicht. Das Urteil geschlechtlich verrohter oder in geschlechtlichen Dingen freier als die Allgemeinheit denkender Volkskreise, z. B. laxere Anschauungen in Künstlerkreisen (Theaterballett) oder besonders empfindlicher und überspannter Personen kann daher nicht maßgebend sein [11]).

Der Maßstab, den die Allgemeinheit anlegen muß, ist nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts ihr Schamgefühl in geschlechtlichen Dingen. Hält der Sittenrichter in diesem Sinn die Handlungsweise für unzüchtig, dann ist dieses Urteil für den Strafrichter maßgebend. Das Werturteil des Strafrichters hat sich mithin auf einer Fiktion aufzubauen, nämlich dem gesunden Volksempfinden auf dem Gebiet der Sittenordnung, d. h. einem aus der Volksseele quellenden Werturteil, das der Gefolgschaft der gereiften, verantwortungsbewußten und sittlich reinen Volksgenossen gewiß ist. Er hat anzunehmen, daß die Allgemeinheit die Handlungsweise als das Schamgefühl in geschlechtlicher Beziehung verletzend beurteilt, wobei sie von folgenden Gedankengängen ausgeht: Schamgefühl, das die Rechtsprechung im Auge hat, ist ein Seelenzustand, eine Gesinnung, die den Menschen hindert, irgend etwas zu tun, was Unlustempfinden in sittlicher Beziehung in ihm hervorrufen müßte. Schamgefühl in geschlechtlicher Beziehung bedeutet mithin die Vorstellung und Empfindung, daß auch auf dem Gebiet des Geschlechtslebens trotz der grundsätzlichen persönlichen Freiheit in dieser Richtung das Individuum sich Hemmungen auferlegen muß, wenn es nicht in die Klasse eines sittlich verrohten, hemmungslos nach Art eines Tieres dem Geschlechtstrieb fröhnenden Lebewesen eingereiht werden will.

Eine Verletzung des Schamgefühls liegt vor, wenn auf diese Vorstellungen und Empfindungen eine Einwirkung durch ein äußeres Ereignis stattfindet, das dieses Unlustempfinden in geschlechtlicher Beziehung hervorrufen wird [12]). Ob und inwieweit dieses Unlustempfinden eintritt, hängt von der Art der Einwirkung ab. Ein wichtiger Anhaltspunkt ist Entrüstung, Abscheu oder Empörung, die in dem sittlich denkenden Menschen ein solches Ereignis auslöst, wenn das

[11]) RG. 67, 390; LZ. 1922, S. 440 ff.
[12]) Siehe Leipz. Zeitschr. 1922, S. 440 ff.; Pfeiffer, S. 6.

Unlustempfinden auch nicht in jedem Fall in dieser Wirkung bestehen muß[13]). Daraus folgt, daß nicht jede Handlungsweise, die geschlechtlichen Beigeschmack hat, das allgemeine sittliche Gefühl in geschlechtlicher Beziehung verletzen wird, z. B. das Bestreifen der Brust über den Kleidern, Umarmen der Hüften, Betasten der Beine, Küssen, übliches Aneinanderschmiegen beim Tanz, Berührungen beim Spielen mit sexuellem Einschlag usw. Es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber jede auf Sinneslust beruhende und auf ihre Befriedigung abzielende Berührung oder handgriffliche Zudringlichkeit als Sittlichkeitsverbrechen schwer bestrafen will. Die Stärke des Sexualtriebs macht manche Ueberschreitung und Abweichung von der Norm zu nicht verwerflichen Erscheinungen. Dies entspricht der Volksanschauung, die für die Frage, ob das Sittlichkeitsgefühl der Allgemeinheit in geschlechtlicher Beziehung verletzt ist oder nicht, ins Gewicht fällt[14]). Es ist daher der in der Rechtslehre allerdings nicht unbestrittenen Meinung beizupflichten, daß nur eine gröbliche Verletzung des Schamgefühls in geschlechtlicher Beziehung sich als unsittliche Handlung darstellt und damit die Rechtsprechung des Reichsgerichts, die das Erfordernis der gröblichen Verletzung des Sittlichkeitsgefühls verneint, abzulehnen[15]). Die Wertung der Tat unter sittlichem Standpunkt ist nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts die Feststellung einer Tatsache, weshalb, wenn der Begriff der Unzüchtigkeit nicht erkannt ist, das Urteil mit der Revisionsrüge der Gesetzesverletzung nicht bekämpft werden kann. Die Aufnahme des Tatbestandsmerkmals „unzüchtige Handlung" ist nichts weniger als glücklich, umso mehr, als nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts die Würdigung der Handlungsweise unter geschlechtlich sittlichem Gesichtpunkt nach dem Volksempfinden erfolgen soll und dieses insbesondere auf dem Gebiet des Sexuallebens auch heute noch durch Instinkte bedingt und nicht verläßlich ist und damit auch eine absolut sichere Garantie für ein moralisch gesundes richterliches Empfinden nicht gegeben ist[16]).

Dazu kommt, daß unter dem Gesichtspunkt des § 174 Abs. 1 zahlreiche Vorkommnisse nur deshalb unzüchtig, d. h. das Schamgefühl in geschlechtlicher Beziehung erheblich verletzend sind, weil es gerade

[13]) Anders im Fall des § 183 StGB.
[14]) RG. 67, 170.
[15]) Frank, § 174, Abs. I, 2; Gerichtssaal 80, 247; Ebermayer, § 174, Anm. 2; Olshausen, § 174, Anm. 4; RG. 32, 418 (allerdings nur bezüglich § 184 StGB.)
[16]) Dehnow, S. 11; Mittermaier, im Abolitionist, XXIV. Jahrg., Nr. 3.

die Autoritätsperson ist, welche die abhängige Person zum Gegenstand der Erregung oder Befriedigung ihrer Sinneslust macht, während sie als solche unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Freiheit vielleicht unsittlich, jedenfalls aber nicht unzüchtig wären. Die Strafnorm sollte daher offen und ohne Werturteil sagen: „Vormünder usw., die gegen die geschlechtliche Sittlichkeit handeln [17]) oder die Kinder usw. zum Gegenstand der Erregung oder Befriedigung ihrer geschlechtlichen Sinneslust machen". Im großen und ganzen erfolgen dann auch die Bestrafungen der Autoritätspersonen näher betrachtet unter diesem Gesichtspunkt.

Da es sich um Handlungen mit der Antriebskraft der geschlechtlichen Reizung oder Befriedigung dreht, scheiden aus dem Kreis der Handlungen aus einerseits unzüchtige Reden, Gespräche, mimische Darstellungen, andererseits Handlungen in Gegenwart von Jugendlichen, die nur den Grundsätzen der Wohlgezogenheit, des Anstands oder der allgemeinen guten Sitte widersprechen, z. B. Entblößen des Geschlechtsteils zum Zwecke des Urinierens, Entblößung des Gesäßes zum Zwecke der Entleerung des Darms, Baden ohne Umhüllung des Geschlechtsteils usw.

Die unzüchtige Handlung muß m i t der geschützten Person vorgenommen werden. Geschützt sind in bestimmten Autoritätsverhältnissen die Personen ohne Rücksicht auf ihr Alter, in bestimmten Autoritätsverhältnissen dagegen nur minderjährige Personen. Für die Frage der Minderjährigkeit sind die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zugrunde zu legen, wonach die Volljährigkeit entweder mit dem vollendeten 21. Lebensjahr [18]) oder bei der Volljährigkeitserklärung mit der Rechtskraft des Beschlusses des Vormundschaftsgerichts eintritt [19]). §§ 2, 3 BGB., §§ 36, 43, 56/II, 60/1 Ziff. 6 FGG. Die Streitfrage, ob die Präposition „mit" der in § 176, 1 gewählten „an" gleichzuachten sei, weshalb im Sinne des § 174, 1 StGB. nur solche Handlungen in Frage kommen können, die an dem Körper des anderen Teils vorgenommen worden sind oder ob es genügt, daß der Körper des anderen Teils nur das Mittel für die Befriedigung der Geschlechtslust war, ist nunmehr im Hinblick auf die herrschende Meinung, welche die letztere Ansicht vertritt, nicht mehr im einzelnen

---

[17]) Mittermaier, im Abolitionist, 24. Jahrg., Nr. 3.

[18]) Es genügt der Beginn des Geburtstags, § 187, Abs. 2, Satz 2 BGB.

[19]) Auch in Bayern ist seit dem Gesetz v. 1. IV. 1928 das Vormundschaftsgericht zuständig.

einer Untersuchung zu unterziehen [20]). Hiernach ist der Tatbestand nicht nur bei einer unzüchtigen Berührung des Körpers, sondern auch dann, wenn der Körper der Person in anderer Weise in Mitleidenschaft gezogen wird, gegeben. Es ist also nicht erforderlich, daß der Beischlaf ausgeübt wird; es genügt vielmehr das Betasten des Körpers, sei es, daß dieser unbekleidet, sei es, daß er entblößt ist, insbesondere der Geschlechtsteile einschließlich der weiblichen Brust. Sogar das Greifen unter die Röcke kann Tatbestandshandlung sein. Was die Vollziehung des Beischlafs, der schwersten Form der unzüchtigen Handlung, anbelangt, so ist der äußere Tatbestand auch dann gegeben, wenn das geschlechtliche Geschehen von einer Frau veranlaßt und eingeleitet wird, ohne daß gerade ein Verleiten im Sinne des § 176, 3 StGB. vorliegt. Beispiel: Eine 22jährige Musiklehrerin knüpft mit einem 20jährigen Schüler ein Liebesverhältnis intimen Charakters an. Die Musiklehrerin muß mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren bzw., da in einem solch gelagerten Fall mildernde Umstände vorliegen werden, mit Gefängnis nicht unter 6 Monaten bestraft werden [21]).

Als besondere Fälle sind zu erwähnen die gegenseitige Onanie, die Veranlassung des Autoritätsobjekts den Beischlaf mit einer Dirne zu vollziehen, um durch das Zuschauen seine Sinneslust zu erregen, landläufig gesprochen, sich anzugeilen.

Die Frage, ob der Tatbestand des § 174, 1 StGB. auch in der Form des Unterlassungsdelikts erfüllt werden kann oder nicht, ist, soweit ersichtlich, im Schrifttum und der Rechtsprechung speziell nicht behandelt. Er kann nur in der Form des unechten Unterlassungsdelikts in Frage kommen. Es ist denkbar, daß die nach § 174, 1 StGB. geschützte Person zur Vornahme von geschlechtlich unsittlichen Handlungen, z. B. zur Onanie geneigt ist, daß die Autoritätsperson hiervon Kenntnis hat und daß sie anstatt den der Leidenschaft Ergebenen von dem Laster abzubringen bzw. abzuhalten, sich untätig verhält und sich sogar angesichts des Onanierenden selbst geschlechtlich erregt und diese Erregung durch Selbstonanieren zum Ausdruck bringt. In diesem Fall, in dem der Onanierende aus eigenem Antrieb sich selbst befleckt und die Möglichkeit der Autoritätsperson den unzüchtigen Akt zu verhindern bestanden hat, die Unterlassung der Verhinderung mithin kausal war, ist die Autoritätsperson zu bestra-

[20]) Olshausen, § 174, Anm. 9; Oppenhoff, § 176, Anm. 1; Frank, § 174, I, 2; Gerichtssaal 30, 145.
[21]) Dorn, S. 40, 41.

fen, wenn sie zur Verhinderung nicht nur sittlich, sondern auch rechtlich verpflichtet war (sog. Rechtswidrigkeit des Unterlassens)[22]). Eine solche rechtliche Verpflichtung, den Schützling von der Vornahme unzüchtiger Handlungen abzuhalten, wird aber in allen den Autoritätsrelationen des § 174, 1 StGB. gegeben sein. Es soll hier besonders unterstrichen werden, daß es sich um solche Fälle handelt, in denen nicht ein Verleiten zur Verübung der unzüchtigen Handlung an sich selbst durch Einwirkung auf den Willen, sondern eine Mitwirkung an dem unzüchtigen Akt in der Form des wollüstigen Zuschauens handelt.

Der Gesetzgeber hat in § 174, 1 StGB. die Vornahme unzüchtiger Handlungen, die — wie in einem anderen Zusammenhang bereits erörtert worden ist — nach der deutschen Strafgesetzgebung nur beim Hinzutritt erschwerender Momente strafbar ist, nur deshalb mit Strafe bedroht, weil sie auf Grund einer vermuteten, mit dem Autoritätsmißbrauch und Vertrauensbruch zusammenhängenden psychologischen Zwangslage verübt worden ist. Der Beweis, daß der Täter das Autoritätsverhältnis zum Zweck der Vornahme unzüchtiger Handlungen mißbraucht, also schuldhaft widerrechtlich gestaltet hat, ist nicht zu führen. Der Mißbrauch ist nicht Tatbestandsmerkmal. Es gehört daher nicht zur Erfüllung des vom Gesetzgeber aufgestellten Begriffs des deliktischen Tatbestands, daß die konkrete Handlung auch den rechtlichen Begriff des Mißbrauchs des Autoritätsverhältnisses erschöpft. Der Tatrichter braucht mithin nicht besonders festzustellen, wie die Vorgeschichte des Vorfalls war und unter welchen begleitenden Umständen er sich abgespielt hat. Es erübrigt sich mithin die Feststellung, daß das Autoritätsobjekt die Vornahme unzüchtiger Handlungen nur geduldet hat, weil der Gegenspieler eine Auoritätsperson war, und daß er einem gewöhnlichen Dritten nicht willfährig gewesen wäre[23]). Diese Rechtslage ergibt sich aus der bereits früher festgestellten Tendenz der Strafnorm, welche die an sich straflose unzüchtige Handlung nur deshalb bestraft, weil die Autorität, welche Zucht und Sitte schützen soll, zu ihrer Untergrabung verwendet oder doch preisgegeben und dadurch das Ueberordnungsverhältnis beschmutzt worden ist. Es ist deshalb die Einwilligung des Autoritätsobjekts, sogar sein Entgegenkommen oder seine

[22]) Frank, § 1, Anm. IV; Ebermayer, Einleitung B, B 1; Köhler, S. 169 ff.

[23]) Auf diesen rechtlichen Gesichtspunkt wird später bei dem inneren Tatbestand und bei der Reform zurückzukommen sein.

Ermunterung und Aufforderung für die Schuldfrage bedeutungslos[24]). Eine solche Einstellung kann lediglich als Strafzumessungsgrund, insbesondere für die Zubilligung mildernder Umstände eine Rolle spielen.

Das Delikt kann auch in der Form der sog. mittelbaren Täterschaft verübt werden. Der Täter braucht die unzüchtigen Handlungen nicht notwendig selbst vorzunehmen; es ist möglich, daß er sie durch einen Anderen vornehmen läßt, ohne sich dadurch Straflosigkeit zu verschaffen. Bezüglich dieser Begehungsform besteht Uebereinstimmung in dem strafrechtlichen Schrifttum und in der Rechtsprechung, wenn der Fall gegeben ist, daß ein schuldlos Handelnder, z. B. ein Geisteskranker, verleitet wird, die strafbaren Handlungen vorzunehmen[25]). Bestritten ist dagegen die Frage, ob mittelbare Täterschaft auch dann vorgenommen werden kann, wenn ein schuldfähiges, sog. doloses Werkzeug (verantwortungsfähige Person) veranlaßt wird, die Handlung für den Täter vorzunehmen. Das Reichsgericht erblickt in ständiger Rechtsprechung den Unterschied zwischen Täterschaft und Beihilfe nicht in der äußeren Erscheinungsform der Mitwirkung bei der Tat, sondern in der Willensrichtung (sog. subjektive Teilnahmetheorie). Diese Theorie ist jedoch abzulehnen, weil sie den Beweggründen und dem Zweck der Handlung einen zu großen Einfluß einräumt. Uebrigens bieten die Normen über die Anstiftung grundsätzlich die Möglichkeit, die Beteiligten strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen. Nur bei den Sonderdelikten, d. h. solchen, bei denen sich die ihnen zu Grunde liegende Norm nur an bestimmte Personen richtet[26]), versagen die Normen bezüglich der Anstiftung. Denn es kann zwar ein Außenstehender die Normperson zur Begehung der strafbaren Handlung anstiften, nicht aber die Normperson einen Außenstehenden, denn die Tat, zu der angestiftet wird, muß in der Person des Angestifteten rechtswidrig und strafbar sein. Daß die strafbegründenden Tatbestandsmerkmale in der Person des Anstifters vorliegen würden, ist gleichgültig. Nur die straferhöhenden und strafmildernden Umstände kommen nach § 50 StGB. in Betracht[27]). Es wird deshalb von der herrschenden Meinung der Begriff der mittelbaren Täterschaft im Falle, daß ein innerhalb des in Frage kommenden Personenkreises Stehender eine außerhalb dieses Kreises

[24]) Dorn, S. 41.
[25]) RG. 63, 313.
[26]) Nagler, Teilnahme an Sonderverbrechen; Zeitschr. f. Str.R.W. 22, 205 ff.; Köhler, S. 157.
[27]) Ebermayer, § 48 B, C.

stehende Person bestimmt hat, die Ausführungshandlung vorzunehmen, bejaht, vorausgesetzt, daß der mittelbare Täter die Tat nach allen für den Tatbestand wesentlichen Merkmalen erfaßt hat; man denke an den Fall, daß die Autoritätsperson im Glauben auf diese Weise straflos zu bleiben, eine dritte Person bestimmt hat, unzüchtige Handlungen an dem Schützling vorzunehmen [28]).

Das kommende deutsche Strafrecht will mit der Auffassung der Teilnahme als akzessorische Schuld und Begehungsform brechen. Die Teilnahme an der Verübung der strafbaren Handlung wird zur „Begehung" d. i. Mitwirkung, die bei jedem für den Erfolg kausalen Verhalten gegeben ist. Abkehr von dem „restriktiven Täterbegriff" und Schaffung eines „extensiven Täterbegriffs" [29]); die Beteiligung an der Straftat als solche gibt den Strafgrund ab. Die Form der Beteiligung, insbesondere die Willenseinstellung des Teilnehmers, ist nur in ähnlicher Weise, wie schon jetzt bei der Beihilfe §§ 44, 49/II StGB. innerhalb des ordentlichen Strafrahmens zu berücksichtigen. Diese Erweiterung des Täterbegriffs bildet ein notwendiges Korrelat der durch den willensstrafrechtlichen Aufbau des Strafrechtssystems bedingten Erweiterung des Begriffs der Täterschaft und damit wird der Begriff der mittelbaren Täterschaft überflüssig.

Bei einem Sonderdelikt kann es zweifelhaft sein, ob nach Schaffung des extensiven Täterbegriffs der mitwirkende Außenstehende strafbar ist oder nicht. Man kann die Ansicht vertreten, daß die Bestrafung des Mitwirkenden die Zugehörigkeit zu dem betreffenden Personenkreis verlangt oder daß es genügt, wenn einer der Beteiligten die besondere Qualität besitzt. Die Strafrechtskommission hat sich für die zweite Ansicht entschieden [30]). Bei dieser gesetzlichen Regelung würde der mitwirkende Außenstehende als Täter zu bestrafen sein; zur Zeit wird er als Gehilfe des Täters (Autoritätsperson) bestraft, denn Beihilfe zu einem Sonderdelikt ist möglich [31]).

Wird das Sittlichkeitsverbrechen von der Autoritätsperson im Ausland verübt, z. B. bei einer gemeinschaftlichen Auslandsreise, dann

---

[28]) Köhler, S. 511; Olshausen, Vorb. zu § 47, Anm. 5; RG. 69, 285.

[29]) S. das norwegische und das italienische Strafgesetzbuch von 1902 bzw. 1930.

[30]) Siehe hiezu Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission 2. Aufl., S. 97, 106, 107. Sie hat folgende Fassung vorgeschlagen: „Wird die Strafbarkeit einer Tat durch besondere Eigenschaften oder Verhältnisse begründet, so genügt es zur Strafbarkeit aller Mitwirkenden, wenn die Eigenschaften oder Verhältnisse nur bei einem von ihnen vorliegen. Die Strafe dessen, bei dem sie nicht vorliegen, kann gemildert werden."

[31]) Siehe hierüber später bei der Teilnahme.

kann der Täter, der die deutsche Staatsangehörigkeit hat, wenn die Tat auch nach den Gesetzen des Begehungsortes mit Strafe bedroht ist, auf Antrag der zuständigen Auslandsbehörde verfolgt werden § 4 StGB. Ausland im Sinne des Strafgesetzbuchs ist jedes nicht zum Deutschen Reich gehörige Gebiet § 8 StGB. Bei dem heutigen erhöhten internationalen Verkehr mit den neuzeitlichen Verkehrsmitteln ist die Frage, wo die Autoritätsperson das Verbrechen verübt hat, auch dann von praktischer Bedeutung, wenn die Tat nicht nach der Ankunft im Ausland und während des dortigen Aufenthalts, sondern während der Hin- oder Rückreise erfolgt ist. Es wird der Fall zu Grunde gelegt, daß der Vormund, der Adoptivvater oder der Erzieher mit dem Mündel, Adoptivkind oder Zögling unter Benutzung des Schiffs, Luftschiffs oder Flugzeugs eine Auslandsreise macht. Die Entscheidung, wo der Tatort ist, hängt von folgenden Rechtsgrundsätzen ab: So lange ein inländisches Handelsschiff sich auf hoher See befindet, ist es Inland. Erst nach Erreichung der Küstengewässer des fremden Staates und während des Aufenthalts im Hafen dieses Staates gilt es als Ausland. Entsprechend auf Luftschiffe und Flugzeuge angewandt ergibt sich, daß diese Beförderungsmittel in dem Augenblick, in dem sie die Luftsäule des Auslandes erreichen, nicht mehr Inland sind. Dagegen sind Kriegsschiffe und andere Staatsschiffe auch während des Aufenthalts in fremden Küstengewässern Inland[32]). Der Marineoffizier, dem auf einem sog. Schulschiff die Ausbildung der Seekadetten übertragen ist, begeht daher die Tat auch in fremden Küstengewässern und Häfen im Inland und ist ohne weiteres strafbar. § 3 Militär-StGB. vom 16. VI. 1926 § 10 StGB.

B. Die Autoritätspersonen im einzelnen.

Der in § 174, 1 StGB. aufgestellte Katalog von Autoritätspersonen umfaßt solche absoluter Natur (Vormund, Adoptiveltern, Lehrer und Erzieher), deren Tätigkeit sich auf staatliche Ernennung stützt und solche relativer Natur, die nur auf Grund besonderer Gestaltung der Beziehungen Autorität haben.

1. Der Vormund.

Der Begriff Vormund ist ein durch das Strafgesetzbuch selbst als Bestandteil der Strafnorm aufgestellter Begriff, für dessen Auslegung

[32]) Hippel, II, § 6, Anm. 3; Köhler, S. 124.

aber nunmehr die Vorschriften des BGB. über Vormundschaft bezüglich Minderjähriger und Volljähriger zu Grunde zu legen sind. Dabei ist aber die Tendenz des § 174, 1, die nur solche Autoritätspersonen bestrafen will, die eine Herrschaft über die Person ausüben sollen, für die Frage von Bedeutung, ob auch die Schutzpersonen, die eine eigentliche Personenaufsicht nicht haben, aber als Vormund bezeichnet sind und die Personen, die zwar eine solche Schutzaufsicht haben, aber nicht als Vormund bezeichnet sind, sich nach § 174, 1 StGB. verfehlen können.

Vormundschaft tritt stets ein über uneheliche Kinder, Kinder aus einer nach §§ 1699, 1325 BGB. nichtigen Ehe und Findlinge nach §§ 1707, 1773/II BGB. Die Vormundschaft über minderjährige eheliche Kinder und Findelkinder wird eingeleitet, wenn sie nicht unter elterlicher Gewalt stehen, die Eltern gestorben sind oder die väterliche Gewalt ruht, die Ehe durch Scheidung aufgelöst und die Frau nicht den Antrag gestellt hat, ihr die elterliche Gewalt zu übertragen oder die geschiedene oder überlebende Frau minderjährig ist oder eine neue Ehe eingeht. §§ 1773, 1684, 1685/II, 1686, 1676, 1696, 1697 BGB. Im Falle der Nichtigkeit der Ehe ist nach dem Tod des Mannes für das aus der Ehe hervorgegangene Kind, wenn der Mutter der Nichtigkeits- bzw. Anfechtungsgrund bekannt war, ebenfalls ein Vormund zu bestellen, der hinsichtlich der Personenfürsorge nur die rechtliche Stellung eines B e i s t a n d s hat. § 1702 BGB. Ein Volljähriger erhält einen Vormund, wenn er wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Verschwendung und Trunksucht (§ 6 BGB.) entmündigt ist § 1896 BGB.; vorläufige Vormundschaft § 1906 BGB. Ob der Minderjährige ein Deutscher oder Ausländer ist, ist nach § 1773 BGB. belanglos (s. aber § 23 EG. zum BGB.).

Die Vormundschaft über Minderjährige soll dem Mündel den familienrechtlichen Schutz ersetzen. Das Recht und die Pflicht des Vormunds, für die Person des Mündels zu sorgen, bestimmt sich nach den für die elterliche Gewalt geltenden Vorschriften der §§ 1631 bis 1633 BGB., § 1800 BGB. Der Vormund hat daher das Recht und die Pflicht, das Mündel zu beaufsichtigen, zu erziehen und den Aufenthalt zu bestimmen. Sind mehrere Vormünder bestellt, so ist zu unterscheiden, ob sie zur gemeinschaftlichen Führung der Vormundschaft im ganzen oder nur je mit einem selbständigen Wirkungskreis (Personenfürsorge und Vermögensverwaltung) berufen sind. §§ 1797, 1798 BGB. Gegenüber dem verhei-

rateten weiblichen Mündel hat jedoch der Vormund für die Dauer der Ehe, also auflösend bedingt, das Recht der tatsächlichen Fürsorge für die Person verloren, da die Ausübung dieses Rechts mit dem Recht des Ehemanns unerträglich sein würde. Es gebührt ihm in ihren persönlichen Angelegenheiten nur das Recht der Vertretung. §§ 1633, 1800 BBG. Ruht die elterliche Gewalt der Mutter wegen ihrer Minderjährigkeit (§§ 1676, 1686 BGB.) so bleibt sie im vollen Umfang befähigt, das Recht der Sorge für die Person ihres Kindes (§§ 1627, 1631 BGB.) auszuüben. Für das Kind wird zwar ein Vormund aufgestellt, dieser hat jedoch nur die Stellung eines Beistands. In Angelegenheiten der Erziehung entscheidet mithin ihre Meinung, nicht die des Vormunds. Sie ist auch berechtigt, selbständig bei dem Vormundschaftsgericht Anträge in Erziehungssachen zu stellen und Beschwerde zu führen. Sie kann ihr Fürsorgerecht auch dadurch zur Geltung bringen, daß sie die Klage auf Herausgabe erhebt. §§ 1632, 1686 BGB. Bei Meinungsverschiedenheit in Erziehungssachen zwischen ihr und dem Vormund entscheidet das Vormundschaftsgericht.

Der unehelichen Mutter steht zwar nicht die elterliche Gewalt zu, weshalb das Kind der Amtsvormundschaft des Jugendamts untersteht, das die Ausübung der vormundschaftlichen Obliegenheiten wieder einzelnen seiner Mitglieder oder Beamten übertragen oder beim Vormundschaftsgericht die Bestellung eines Einzelvormunds beantragen kann. §§ 22 ff. insbes. § 40 Jugendwohlfahrtsgesetz vom 9. 7. 1922. Die Personenfürsorge, nämlich das Recht, das Kind zu beaufsichtigen, zu erziehen und seinen Aufenthalt zu bestimmen, steht dagegen der Mutter zu, weshalb der Vormund nur die rechtliche Stellung eines Beistands hat. §§ 1707, 1689 BGB. Er hat mithin innerhalb seines Wirkungskreises die Mutter bei der Personenfürsorge zu unterstützen und zu überwachen.

Auf die Vormundschaft über Volljährige, die wegen geistiger Gebrechen und krankhafter Veranlagungen Schutz gewähren soll, finden die für die Vormundschaft über einen Minderjährigen geltenden Vorschriften nur insoweit Anwendung, als sich nicht aus dem Zweck der Vormundschaft das Erfordernis der abweichenden gesetzlichen Regelung ergibt. §§ 1896, 1897 BGB. Der volljährige Mündel ist in der Regel nicht mehr erziehungsbedürftig. Die Fürsorge des Vormunds für die Person des Mündels erstreckt sich daher in der Hauptsache auf die Pflege, Heilung und Sicherung

des Mündels. Andererseits ist, wenn eine entmündigte Ehefrau bevormundet ist, die Fürsorge für ihre Person so wichtig, daß der Vormund im Gegensatz zu § 1633 BGB. (Vormundschaft über eine minderjährige Frau) nicht bloß auf die Vertretung der Frau beschränkt ist, sondern auch das Recht der Personenfürsorge hat, ohne jedoch in die dem Ehemann vorbehaltenen Rechte eingreifen zu dürfen. § 1901 BGB. Eine vorläufige Vormundschaft kann über einen Volljährigen eingeleitet werden, wenn seine Entmündigung beantragt ist und das Vormundschaftsgericht zur Abwendung einer erheblichen Gefährdung der Person oder des Vermögens die vorläufige Vormundschaft für erforderlich erachtet. § 1906 BGB. Der Träger des vormundschaftlichen Amts ist auch hier ein Vormund mit allen Rechten und Pflichten eines solchen. Er ist ein Vormund für eine bestimmte Zeit. Sein Amt ist endgültig und nicht das eines „vorläufigen Vormunds" (Rechtsprechung des OLG. XXIV, S. 50). Das Amt endet, wenn auf Grund der Entmündigung endgültig ein Vormund bestellt wird.

Neben dem Vormund kann ein Gegenvormund gestellt werden. Ein solcher soll bestellt werden, wenn mit der Vormundschaft eine nicht ganz unerhebliche Vermögensverwaltung verbunden ist. Der Gegenvormund hat darauf zu achten, daß der Vormund die Vormundschaft pflichtgemäß führt (Kontrollorgan), insbesondere auch dem Vormundschaftsgericht Pflichtwidrigkeiten, die ein Einschreiten des Gerichts gebieten, anzuzeigen. Wenn er auch nicht zur gesetzlichen Vertretung des Mündels berufen ist, so ist doch sein Recht nicht nur auf die Vermögensverwaltung beschränkt. Er ist auch mittelbar in persönlicher Fühlung mit dem Mündel, da er ein Ueberwachungsrecht auch bezüglich der Personenfürsorge hat. §§ 1792, 1799 BGB.

Das BGB. kennt auch das Institut der Mitvormundschaft, sei es in der Form der gemeinschaftlichen Führung der Vormundschaft, sei es der geteilten Fürsorge. Die Verteilung geschieht nach bestimmten Wirkungskreisen (§§ 1775, 1795 BGB.) z. B. wird dem einen die Vermögensverwaltung, dem anderen die Personenfürsorge übertragen.

Der Mutter, der die elterliche Gewalt zusteht, ist unter Umständen ein Beistand zu bestellen, dessen Obliegenheit es ist, innerhalb des ihm übertragenen Wirkungskreises die Mutter bei der

Ausübung der elterlichen Gewalt zu unterstützen und zu überwachen. §§ 1687, 1688, 1689 BGB.

Aus dem bezüglich des Inhalts der Stellung des Vormunds dem Mündel gegenüber Vorgetragenen ergibt sich, daß der Vormund grundsätzlich in einem Autoritätsverhältnis in dem eingangs besprochenen Sinn zu dem Mündel steht. Zweifel können in Anbetracht der Tendenz des § 174,1 StGB., dem Mißbrauch des Autoritätsverhältnisses vorzubeugen und das Autoritätsverhältnis von geschlechtlichen Dingen und Vorgängen freizuhalten, dann entstehen, wenn der Vormund ein Gegenvormund ist oder ihm nur die rechtliche Stellung eines Beistandes zukommt.

Bezüglich des Gegenvormunds wird vom Reichsgericht[33]) die Ansicht vertreten, daß er nicht unter § 174,1 StGB. falle, da er nur zur Aufsicht des Vormunds bestellt sei und keinen Pflegebefohlenen habe. Dieser Ansicht kann nicht beigepflichtet werden. Sie wäre nur zutreffend, wenn die Ueberwachungspflicht des Gegenvormunds nur bezüglich des Mündelvermögens bestünde, da in diesem Fall ein Autoritätsverhältnis nicht angenommen werden könnte[34]). Wie oben ausgeführt, erstreckt sich aber die Kontrolle des Gegenvormunds nicht nur auf die Vermögensverwaltung, wenn dies auch regelmäßig seine Hauptaufgabe sein wird, sondern auch auf die Personenfürsorge, weshalb er zu dem Mündel auch in persönliche Beziehungen tritt. Diese Beziehungen müssen in dem Mündel zwangsläufig die Vorstellung erwecken, daß auch der Gegenvormund eine Respektsperson ist, wie denn auch die Beziehungen wirklich den früher festgestellten Begriff eines Autoritätsverhältnisses erschöpfen. Es ist daher der Ansicht von Olshausen, die bis zur 11. Auflage vertreten worden ist, daß auch der Gegenvormund, weil seine Verrichtungen über die einer bloßen Vermögensverwaltung hinausgehen, als Autoritätsperson im Sinne des § 174,1 StGB. zu betrachten ist, beizupflichten, und die Ansicht des Reichsgerichts abzulehnen.

Bezüglich des der Mutter bestellten Beistandes (§§ 1687 ff. BGB.) vertritt das Reichsgericht die Ansicht, daß er nicht unter § 174,1 StGB. fällt[35]). Es führt aus, der Beistand sei, gleichgültig, ob er nur für das Vermögen oder auch für die Person bestimmt sei, nicht

[33]) RG. 57, 325; Olshausen, § 174, Anm. 12; Frank, III, 1; Schwarz, 5 a; Binding I, 197; Meyer, A, 396.
[34]) RG. 15, 72.
[35]) RG. 44, 183; 57, 325.

Vormund des unter der Gewalt der Mutter stehenden Kindes, habe vielmehr nur die Mutter in ihrer Fürsorge zu überwachen und sie gegebenenfalls durch Rat und Tat zu unterstützen. Er sei nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes wie ein Vormund. Zwischen ihm und dem Kind bestünden keine Beziehungen derart, daß es seinen Weisungen unterworfen und seiner Fürsorge und Pflege anbefohlen wäre. Andererseits bejaht das Reichsgricht die Anwendung des § 174, 1 StGB. in den Fällen, in denen der Vormund teilweise nur die Funktionen eines Beistandes hat (§§ 1696, 1697 BGB. s. oben). Denn die Mutter habe zwar die Personenfürsorge, es fehle ihr aber die elterliche Gewalt im übrigen, weshalb ein Vormund bestellt werden müsse, § 1773 BGB. Dieser habe die Fürsorge bezüglich des Vermögens und die gesamte Vertretung des Mündels. Er stehe daher in unmittelbaren rechtlichen Beziehungen zu dem Mündel [36]). Das Entscheidende ist nach dieser Rechtsprechung, daß der Vormund mit seinem auf das Gebiet der Personenfürsorge beschränkten Wirkungskreis [37]) in unmittelbar rechtliche Beziehungen zu dem Mündel trete. Das aber kann nicht ausschlaggebend sein. Denn auch der eigentliche Beistand (§§ 1687 ff. BGB.) tritt in unmittelbare rechtliche Beziehungen zu dem Kind (§§ 1694, 1792, 1833 BGB.) und trotzdem verneint das Reichgsericht die Anwendung des § 174, 1 StGB. auf ihn. Es kommt vielmehr darauf an, ob die fürsorgende Person in unmittelbare persönliche Beziehungen zu dem Mündel tritt, sodaß von einem Autoritäts- und Unterordnungsverhältnis gesprochen werden kann. Das ist bei dem Vormund-Beistand der Fall, aber auch bei dem gewöhnlichen Beistand jedenfalls dann, wenn er im Interesse des Kindes, um eine Gefährdung des geistigen oder sittlichen Wohls zu verhindern, bestellt worden ist, §§ 1666, 1687, 3, 1689 BGB. Es muß also auch der Beistand, wenn seine Unterstützung sich nicht nur auf die Vermögensverwaltung erstreckt, als Vormund im Sinne des § 174, 1 StGB. erachtet werden, um so mehr, als die Auslegung des Begriffs nicht dazu führen darf, ihn mit dem Begriff des Vormunds im Sinne des BGB. völlig gleichzustellen, vielmehr zu beachten ist, daß das Strafgesetzbuch als ältere Kodifikation den Begriff „Vormund" als selbständigen in dem Sinn einer gesetzlichen Fürsorgeperson mit Rechten, Pflichten und Autorität aufgestellt hat [38]).

[36]) RG. 57, 325; 58, 10.

[37]) In Angelegenheiten der Erziehung entscheidet die Meinung der Mutter, nicht die des Vormunds.

[38]) RG. 41, 385; 44, 183.

Neben der Vormundschaft besteht als weiteres Fürsorgeinstitut die Pflegschaft. Sie ist evtl. neben der elterlichen Gewalt, neben dem Vormund oder anstelle der Vormundschaft, insbesondere für Gebrechliche, einzuleiten §§ 1630/II, 1686, 1715, 1796, 1909, 1910 BGB. In diesem Sinne spricht man von einer Ergänzungspflegschaft und selbständigen Pflegschaft. Auf den Pfleger finden zwar die für den Vormund geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung (§ 1915 BGB.), er unterscheidet sich jedoch von dem Vormund hauptsächlich dadurch, daß ihm ein bestimmter Wirkungskreis zugewiesen wird, der enger oder weiter bemessen sein kann, während die Machtfülle des Vormunds durch das Gesetz selbst umgrenzt, daher grundsätzlich unbeschränkt und auf die Gesamtfürsorge in allen Angelegenheiten des Mündels gerichtet ist[39]). Trotzdem kann er nicht als Autoritätsperson im Sinne des § 174, 1 StGB. erachtet werden. Von einer Pflegschaft im juristischen Sinn kann man nicht sprechen bei den sog. Pflegekindern im Sinne der §§ 19, 24 Jugendwohlfahrtsgesetz vom 9. 7. 1922. Es handelt sich in diesem Fall um Kinder unter 14 Jahren, die sich dauernd oder für einen Teil des Tags, jedoch regelmäßig in fremder Pflege befinden, es sei denn, daß die Bewachung nur vorübergehend und unentgeltlich erfolgt.

Die vorläufige Vormundschaft, die eingeleitet werden kann, wenn bezüglich eines Volljährigen die Entmündigung beantragt ist und das Vormundschaftsgericht die Einleitung zur Abwendung einer erheblichen Gefährdung der Person oder des Vermögens für erforderlich erachtet (§ 1906 BGB.), hat ihrem Wesen nach mehr die Natur einer Pflegschaft, ist aber rechtlich Vormundschaft. Denn im Gegensatz zu der Pflegschaft, die grundsätzlich die Geschäftsfähigkeit unberührt läßt, zieht die vorläufige Vormundschaft die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit nach sich, § 114 BGB. Der vorläufige Vormund wird daher als Autoritätsperson im Sinne des § 174, 1 StGB. zu erachten sein.

Zum Schluß ist zu der Frage Stellung zu nehmen, welche strafrechtliche Bedeutung es hat, wenn der Vormund vom Vormundschaftsgericht nicht hätte bestellt werden dürfen. Ist der Vormund unter Nichtbeachtung der Untauglichkeitsgründe der §§ 1781 ff. BGB. aufgestellt worden, dann ist er als solcher rechtswirksam bestellt. Bis zu seiner Entlassung, die in den Fällen des § 1701 BGB. ohne

[39]) KGZ. 41, 38; RG. 41, 385.
[40]) RG. Komm., § 1781, Anm. 1.

weiteres, in den anderen Fällen nur unter der besonderen Voraussetzung der Gefährdung des Wohls des Mündels zu erfolgen hat (§ 1886 BGB.), behält er alle Rechte und Pflichten eines solchen [40]). Ist dagegen eine für das Amt des Vormunds unfähige Person bestellt worden, dann ist die Bestellung als nichtig, und es bedarf keiner förmlichen Entlassung. Eine solche Persönlichkeit kann mithin niemals wegen eines vollendeten Delikts nach § 174, 1 StGB. strafbar sein. Es kann sich höchstens um einen Versuch handeln, der nach der subjektiven Auslegung des Versuchsbegriffs durch das Reichsgericht [41]) strafbar wäre. Mit Recht wird aber von der Gegenansicht angenommen, daß es sich in diesem Falle, weil nicht alle für das Zustandekommen eines rechtswidrigen Angriffs erforderlichen Merkmale gegeben sind, um einen Fall des sog. Mangels im Tatbestand handelt [42]). Die Strafrechtsreform will dieser Streitfrage den Todesstoß versetzen. Nach dem sog. Willensstrafrecht muß es bedeutungslos sein, daß die Ausführung des Willens sich eines untauglichen Mittels bedient oder daß sie sich einen nicht geeigneten Gegenstand heraussucht. Die Bestrafung des Versuchs mit untauglichen Mitteln oder an einem untauglichen Objekt ergibt sich demnach zwangsläufig aus dem Aufbau des kommenden Strafrechts [43]).

2. Adoptiveltern.

Die sog. Wahlkindschaft kann nur im Wege eines familienrechtlichen Vertrages begründet werden. Der Vertrag, der zwischen dem Annehmenden und dem anzunehmenden Kind, also nicht mit dessen Vater oder Mutter, abgeschlossen wird, muß bei gleichzeitiger Anwesenheit der Beteiligten vor einem Gericht oder Notar beurkundet werden. Auch der uneheliche Vater und die uneheliche Mutter können das uneheliche Kind an Kindesstatt annehmen. Der Vertrag, der nur bei einem bestimmten Altersunterschied zwischen dem Annehmenden und dem anzunehmenden Kind, bei einem bestimmten Alter des Annehmenden und mit Zustimmung einer Reihe von Personen abgeschlossen werden darf, bedarf der gerichtlichen Bestätigung, §§ 1741 ff. BGB. Das Reichsgericht verlangt in der Entscheidung 109, 247 bei Zweifel bezüglich der objektiven Wirksamkeit des Annahmevertrags die Aufhebung dieses Vertrags und den Ab-

[41]) RG. 47, 65.
[42]) Frank, § 43, I; Allfeld, S. 215, Nr. 25; Köhler, S. 464.
[43]) Siehe Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission 2. Aufl., S. 35, 36.

schluß eines neuen Vertrags [44]). An Kindesstatt angenommen werden kann auch ein Ausländer, wie auch ein Ausländer im Inland einen Deutschen annehmen kann [45]).

Die Wirkungen der Annahme (§§ 1757 ff. BGB.) treten erst mit der rechtskräftigen Bestätigung ein. Die Eintragung in das Geburtsregister [46]) ist nicht von rechtsbegründender Bedeutung. Rückwirkende Kraft ist dem Beschluß nicht beigelegt, §§ 1754 BGB., §§ 66 a, 67, 68 FGG. in der Fassung des Gesetzes vom 23. 11. 1933, Art. III. Die vor der Bestätigung bestehende Bindung an den Annahmevertrag (1754/I Satz 2 BGB.) hat nur die Bedeutung, daß der Vertrag die unverrückbare Grundlage der Bestätigung bildet, Rücktritt also unmöglich ist. Unzüchtige Handlungen, die der Annehmende in diesem Zwischenstadium mit dem anzunehmenden Kind vornimmt, sind daher unter dem Gesichtspunkt des § 174, 1 StGB. nicht strafbar. Das Gleiche ist der Fall, wenn sie vorgenommen werden nach dem Zeitpunkt, in dem der Aufhebungsvertrag bezüglich des Annahmeverhältnisses gerichtlich bestätigt und dieser Beschluß, der unanfechtbar ist, den Beteiligten bekannt gemacht worden ist. §§ 1768, 1770 BGB., §§ 67, 68 FGG. in der Fassung des Gesetzes vom 23. 11. 1933 Art. III.

Der Annahmevertrag kann nur dem Zweck der Herstellung eines wirklichen Kindesverhältnisses dienen. Ist er nur zum Schein oder aus unlauteren Beweggründen geschlossen, um besondere wirtschaftliche oder soziale Vorteile zu erreichen, z. B. den adeligen Namen zu erhalten, dann ist er unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der §§ 117, 138 BGB. von Haus aus nichtig. Die Nichtigkeit kann auch auf Grund der Anfechtung wegen Willensmängel, z. B. wegen Irrtums bezüglich der Charaktereigenschaften des Angenommenen herbeigeführt werden §§ 1755, 119 ff., 123 ff., 141, 142, 143 BGB. Die Geltendmachung der Nichtigkeit ist auch noch nach der rechtskräftigen Bestätigung des Annahmevertrages möglich und erfolgt im Wege des Status-Prozesses §§ 640 ff. ZPO.[47]) Verfehlungen, die nach der Rechtskraft des Urteils, das das Nichtbestehen eines Adoptionsverhältnisses ausspricht (Gestaltungsurteils) begangen werden, bilden daher gleichfalls nicht den Tatbestand des § 174, 1 StGB.

---

[44]) Enneccerus, § 91, 21a; 92, 19.
[45]) Siehe Artikel 22 EG. zum BGB.; RG. Komm., Vorbem. zu § 1741, Ziff. 2; RG. 125, 265.
[46]) Siehe § 26 PStG.
[47]) RG. 114, 339.

Zweifelhaft kann dagegen die Frage sein, ob solche Verfehlungen, die nach rechtskräftiger Bestätigung des Annahmevertrags stattgefunden haben, wenn das Nichtbestehen des Adoptionsverhältnisses nachträglich festgestellt ist, unter § 174, 1 StGB. fallen oder nicht. Bei Beantwortung dieser Frage sind ähnliche Erwägungen anzustellen, wie bei der Frage, ob eine Ehe, die nichtig ist, im Sinne des § 172 StGB. gebrochen werden kann oder nicht. Die Rechtssprechung des Reichsgerichts steht auf dem Standpunkt, daß Ehebruch nur ausgeschlossen sei, wenn es sich um eine formell nichtige Ehe handle[48]). Die Ansicht begründet das Reichsgericht damit, daß Voraussetzung für die Anwendung des Strafgesetzes sei, daß zur Zeit der Begehung die Tat strafbar gewesen sei; eine Rückwirkung des bürgerlichen Rechts auf Grund eines nach Begehung der Tat eingetretenen rechtlichen Ereignisses könne nicht die Straflosigkeit einer zur Zeit ihrer Begehung strafbaren Handlung zur Folge haben[49]). Dieser Ansicht, die vom Schrifttum fast einmütig bekämpft wird, stehen jedoch gewichtige Bedenken, insoweit es sich um eine materiell nichtige Ehe handelt, entgegen. Zutreffend wird für diesen Fall betont, daß es paradox ist, den Bruch einer Ehe anzunehmen, die als solche nicht bestanden hat, abgesehen davon, daß der Strafantrag die Scheidung der Ehe voraussetze, die bei einer materiell nichtigen Ehe nur in dem Ausnahmefall stattfinden werde, wenn der Nichtigkeitsgrund im Ehescheidungsprozeß nicht aufgedeckt werde. Es muß deshalb dem Beschuldigten gegenüber der Anschuldigung des Ehebruchs der Einwand zugestanden werden, daß die Ehe materiell nichtig war[50]).

Anders ist zu entscheiden, wenn die Ehe nur anfechtbar ist §§ 1330 ff. BGB. Insolange die Ehe nicht angefochten ist, ist sie materiell rechtlich gültig. Erst wenn sie im Anfechtungsprozeß angefochten ist, ist sie als von Anfang an nichtig anzusehen §§ 1341, 1343 BGB. Die absolute Nichtigkeit tritt jedoch nur dann ein, wenn die Ehe formwidrig war und nicht in das Heiratsregister eingetragen worden ist, oder wenn beide Teile bezüglich des Anfechtungsgrundes im guten oder im bösen Glauben waren. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, dann kann der gutgläubige, bzw. gezwungene Teil die vermögensrechtliche Stellung eines schuldlos geschiedenen Ehegatten

---

[48]) RG. 8, 277; 60, 246.

[49]) Die Bezugnahme auf RG. 60, 37, 38 dürfte verfehlt sein, da es sich in dieser Entscheidung um die nachträgliche Aenderung der wirtschaftlichen, nicht der rechtlichen Lage handelt.

[50]) Ohlshausen, § 172, Anm. 2 und die dort Zitierten.

verlangen §§ 1344, 1345 BGB. Eine anfechtbare Ehe kann auch geschieden werden; sie kann daher auch durch Ehebruch verletzt werden.

Im Falle der Nichtigkeit der Adoption ist die Rechtslage eine ähnliche. Das Kindesverhältnis und damit das Autoritätsverhältnis des Adoptierenden hat niemals bestanden; es konnte daher auch nicht durch die Vornahme unzüchtiger Handlungen verletzt werden [51]).

Eine Frage verfahrensrechtlicher Natur ist die, ob, wenn nach erfolgter rechtskräftiger Verurteilung der Adoptionsvertrag für nichtig erklärt worden ist, eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu Gunsten des Verurteilten stattfinden kann. Das Reichsgericht vertritt in folgerichtiger Durchführung seines Standpunkts die Meinung, daß die nachträgliche Vernichtung einer vernichtbaren Ehe, deren Bestehen die Voraussetzung einer strafrechtlichen Verurteilung gebildet hat (z. B. §§ 172, 173/II StGB.), keine Tatsache sei, die zur Begründung der Wiederaufnahme des Verfahrens zu Gunsten des Verurteilten (§ 359, 5 StPO.) geeignet sei [52]). Nach der hier vertretenen Meinung wird die Frage zu bejahen sein. Dagegen wird nach erfolgter Anfechtung eine vorher erfolgte Verfehlung im Gegensatz zu einer nachher stattgefundenen strafbar sein.

3. Pflegeeltern.

Eine Begriffsbestimmung bezüglich der Pflegeelternschaft findet sich weder im Strafgesetzbuch, noch im Bürgerlichen Gesetzbuch [53]).

Schrifttum und Rechtssprechung verlangen ein tatsächliches Verhältnis, das dem zwischen natürlichen und Adoptiveltern und Kindern ähnelt und so gestaltet ist, daß es ein dauerndes, sittliches Band zwischen den Beteiligten, also gleichsam eine Familienzugehörigkeit herstellt und nach dem Willen der Pflegeeltern auch bedeuten soll. Ob ein solches Verhältnis gegeben ist oder nicht ist eine Frage, deren Beantwortung von den objektiven und subjektiven Umständen des Falles abhängt.

Eine Aufnahme in die Familie, die nur vorübergehender oder unbestimmter Dauer ist und sein soll, begründet niemals ein Pflegeelternverhältnis. Das Reichsgericht hat deshalb seinerzeit mit Recht angenommen, daß die Ruhrkinder nicht Pflegekinder im Sinne des

[51]) Soviel ersichtlich, ist die Frage für die Adoption bisher in der Rechtssprechung und im Schrifttum nicht behandelt.

[52]) RG. 60, 250.

[53]) Der Entwurf eines Gesetzes über uneheliche Kinder und die Annahme an Kindesstatt sieht eine Neuordnung der Pflegekindschaft vor.

§ 174, 1 StGB. gewesen sind. Der Wille eine Pflegeelternschaft zu begründen wird, wenn auch nicht immer, regelmäßig durch äußere, sei es vor der Aufnahme, sei es nach ihr liegende Umstände, in die Erscheinung treten insbesondere durch die Aenderung des Namens. Auch die Aufnahme des unehelichen Kindes durch den unehelichen Vater in die Familie und die Uebernahme der Erziehung in ihr wird im Zweifel als Pflegeelternschaft zu werten sein. Desgleichen die Aufnahme des unehelichen Kindes durch den Ehemann im Falle der Verheiratung der Mutter unter gleichzeitiger Erteilung seines Namens (sogenannte Einbenennung § 1706 BGB.). Auch der Stiefvater und die Stiefmutter werden regelmäßig Pflegeeltern sein. Es liegt in diesem Fall nicht nur ein rechtmäßiges Verhältnis zwischen ihnen und den Stiefkindern vor § 1590 BGB., sondern ein Familienverhältnis, das nach der Volksanschauung mit Rücksicht auf die innige Lebensgemeinschaft mit dem Elternteil des Stiefkindes trotz Fehlens der Blutgemeinschaft und unmittelbaren rechtlichen Banden als Aufnahme zum Zweck der Erziehung, des Unterhalts und des Schutzes zu erachten ist[54]). Dazu ist zu bemerken, daß im Sinn des § 174, 1 StGB., unter den die Eltern nicht fallen, nur die natürliche Abstammung, die Blutsverwandtschaft in Frage kommt. Es kann daher auch der Scheinvater, der die Ehelichkeit des Kindes nicht angefochten hat oder der durch die Ehe ein nicht von ihm erzeugtes uneheliches Kind legitimiert hat, als Pflegevater in Frage kommen[55]). Dadurch, daß das Pflegekind in ein entgeltliches Dienstverhältnis tritt, wird das Pflegeelternverhältnis nicht aufgehoben[56]).

4. Geistlicher.

Geistliche sind die Religionsdiener der vollprivilegierten christlichen Kirchen, die zur Vornahme gottesdienstlicher Handlungen berufen und berechtigt sind. Diese Würde erlangen sie nach katholischem Kirchenrecht durch die Ordination und nach evangelischem Kirchenrecht durch die Ordination und Introduktion[57]).

Nicht jeder, der dem geistlichen Stand angehört, bekleidet auch ein geistliches Amt. Der Personenkreis des geistlichen Standes ist ein

---

[54]) RG. 124, 54.
[55]) RG. 68, 365, 3, 125, 41, 118; Goltd. Arch. 56, 325.
[56]) JWS. 1925, 366; Ickenberg, S. 8.
[57]) Eichmann, Katholisches Kirchenrecht, Bd. 1, §§ 40, 42; Siermann, Deutsches evangelisches Kirchenrecht, § 23.

weiterer als der des geistlichen Amtes; er umfaßt z. B. die als Kirchenbeamte, als Religionslehrer, Dozenten der Theologie an den Universitäten tätigen Theologen und die emeritierten Pfarrer. Auch solche Personen, die beim Kultus nur als Gehilfen zu rein mechanischer Dienstleistung berufen sind, z. B. Küster, Organisten, Glöckner usw. fallen nicht unter den Begriff des Geistlichen. Es gehören daher auch die Religionsdiener der nicht privilegierten Religionsgesellschaften im Gegensatz zu § 130a StGB., wo sie ausdrücklich erwähnt sind, nicht hieher.

Die herrschende Meinung nimmt an, daß der Geistliche sich nur dann nach § 174, 1 StGB. verfehlt, wenn die unzüchtigen Handlungen in seiner Eigenschaft als Lehrer oder Erzieher vorgenommen werden, wenn ihnen Schüler und Zöglinge gegenüberstehen. Sie stützt sich hierbei auf den Wortlaut „mit ihren Schülern oder Zöglingen". Bei dieser Auffassung hätte die Frage, ob auch die Religionsdiener anderer Religionsgesellschaften unter die Strafbestimmung fallen, eigentlich keine praktische Bedeutung[58]), da in der Eigenschaft als Lehrer und Erzieher sich auch die Religionsdiener anderer Religionsgemeinschaften strafbar machen können.

Als Verfehlungen kommen bei dieser Auffassung in Frage solche mit Teilnehmern an der Christenlehre, am Konfirmandenunterricht, nicht dagegen mit Beichtkindern und überhaupt allen minderjährigen Mitgliedern der Kirchengemeinden, den sogenannten Pfarrkindern. Dieser Auffassung kann man entgegenhalten, daß dem Geistlichen auch die minderjährigen Angehörigen der Gemeinde, die keinen Unterricht erhalten, bei seiner Aufsicht, Fürsorge und Erziehung im weiteren Sinn, die elterliche Erziehung gewissermaßen unterstützend, unterstehen und daher seine Zöglinge sind und daß die Schutzbedürftigkeit in dem Lehr- und Erziehungsverhältnis im wesentlichen die gleiche ist, wie in dem Seelsorgeverhältnis, wenn dieses auch weiter gerahmt sein mag. Bei dieser Auffassung wird das dem gesunden rechtlichen Empfinden widersprechende Ergebnis vermieden, daß der Geistliche, der mit einem minderjährigen Mädchen, das Rat in einer Familienangelegenheit erbittet, im Pfarrhaus unzüchtige Handlungen vornimmt, straffrei bleibt. Offenbar von dieser Auffassung ausgehend haben denn auch einzelne Strafgesetzbücher der deutschen Staaten aus dem 19. Jahrhundert, den Geistlichen, der in seiner Eigenschaft als

[58]) Glaeser, S. 14.

Seelsorger bzw. Beichtvater mit seinen Beichtkindern den Beischlaf vollzogen, bzw. unzüchtige Handlungen vorgenommen hat, wegen Sittlichkeitsverbrechen bestraft [59]).

5. Der Lehrer.

Das Tatbestandsmerkmal des Lehrers ist dann ohne weiteres gegeben, wenn es sich um eine Person handelt, die in ihrer öffentlichrechtlichen Stellung als Lehrer in Beziehungen zu der zu betreuenden Person steht, wobei es gleichgültig ist, ob es sich um einen Lehrer oder eine Lehrerin handelt. (sogenannter beamteter Lehrer, gleichgültig, welcher Beamtenklasse er angehört und ob seine Anstellung eine definitive oder nur provisorische ist). Bei solchen Lehrern handelt es sich um ein primäres Autoritätsverhältnis.

Im übrigen ist jede Person Lehrer, die einer anderen in irgend einem oder mehreren Wissenszweigen einen dauernden Unterricht erteilt unter der Voraussetzung, daß eine geistige und sittliche Ueber- bzw. Unterordnung besteht, auch wenn der Unterricht nicht berufsmäßig und ohne Entgelt erteilt wird. Es muß sich daher um ein gewillkürtes Autoritätsverhältnis handeln im Gegensatz zu einer gemeinschaftlichen Arbeit zum Zweck der Erlangung oder Vertiefung der Kenntnisse und Fähigkeiten auf irgend einem Gebiet des Wissens, der Kunst, der Technik usw.; gleichgültig ist, ob die Beziehungen auf einem Vertrag beruhen oder ob sie vertragslos sind.

Aus dieser Begriffsbestimmung ergibt sich, daß als Lehrer im Sinne des § 174, 1 StGB. nicht ohne weiteres betrachtet werden kann derjenige, der einem sogenannten jugendlichen gewerblichen Arbeiter gegenübersteht, auch wenn ein rechtsförmlicher Lehrvertrag abgeschlossen worden ist, denn der Lehrvertrag ist in solchen Fällen nicht nur ein Dienstvertrag für den Lehrherrn, sondern auch ein solcher für den Lehrling [60]). Maßgebend sind vielmehr die tatsächlichen Verhältnisse. Entscheidend ist nicht die soziale Abhängigkeit des Lehrlings, sondern, ob sich auf Grund der gemeinsamen Tätigkeit des Gebens und Empfangens von Kenntnissen und Fähigkeiten ein geistiges und

[59]) Siehe Württembergisches Strafgesetzbuch vom 1. III. 1839, Art. 298; Braunschweigisches Strafgesetzbuch vom 10. VII. 1840, § 191; Hannover'sches Strafgesetzbuch vom 8. VIII. 1840, Art. 277; Hessisches Strafgesetzbuch vom 17. IX. 1841, Art. 333; Badisches Strafgesetzbuch vom 6. III. 1845; Bayerisches Strafgesetzbuch vom 10. VII. 1861, Art. 212, 216.

[60]) §§ 70 ff. HGB., § 126 b, 127 a RGew.Ord.; Staub, HGB. § 70, Anm. 13; § 76, Anm. 6, 7.

sittliches Unterordnungsverhältnis entwickelt hat[61]). Der sogenannte Lehrherr kann daher grundsätzlich nicht als Autoritätsperson betrachtet werden, ein Standpunkt, der von praktischer Bedeutung ist bei einem Kellnerlehrling (Piccolo), Wassermädchen, Kaufmannslehrling usw. Das gleiche ist der Fall, wenn ein junges Mädchen in einem Haushalt zum Zweck der Erlernung oder weiteren Ausbildung ohne oder mit Entlohnung aufgenommen wird (Helferin, Haustochter usw.). Die Hausfrau kann in diesem Fall nicht als Lehrerin betrachtet werden und ist, wenn sie sich, durch ihre perverse Veranlagung getrieben, verleiten läßt, mit dem Mädchen unzüchtige Handlungen vorzunehmen, nicht strafbar.

Mangels eines geistigen oder sittlichen Unterordnungsverhältnisses können ferner in den Katalog des § 174, 1 StGB. nicht eingereiht werden der Kraftfahrlehrer, der Fluglehrer, der Skilehrer, der Reitlehrer, der Turnlehrer, Tanzlehrer usw. Solche Fachlehrer können zwar eine Autorität sein, aber trotzdem grundsätzlich nicht in Autoritätsbeziehungen zu dem zu Unterrichtenden treten. Bei einem Musiklehrer, Zeichenlehrer wird es auf den einzelnen Fall ankommen. Die Entscheidung darauf abzustellen, ob der Unterricht auf Grund eines Vertrages erfolgt oder nicht kann nicht gebilligt werden. Belanglos ist auch die Tatsache, daß die Lösung der Beziehungen jederzeit möglich ist. Maßgebend ist, daß die Beziehungen für eine gewisse Dauer (völlige oder Teilausbildung) gedacht waren[62]). Den Musiklehrer hat das Reichsgericht als Autoritätsperson gegenüber seinen Musikschülerinnen betrachtet, trotzdem diese auch an öffentlichen, von ihm veranstalteten Musikaufführungen teilgenommen haben[63]). Auch der Ballettmeister kann als Lehrer betrachtet werden, wenn er die Ausbildung und Fortbildung der Balletteusen übernommen hat[64]).

Daß der Lehrer die Lehrtätigkeit persönlich entwickelt, ist nicht erforderlich. Trotzdem er sich eines Stellvertreters bedient, ist und bleibt er Lehrer, vorausgesetzt, daß er eine übergeordnete, beaufsichtigende und die Belehrung beeinflußende Stellung einnimmt. Deshalb sind auch der Direktor eines Schülerpensionats, der Vorstand einer Gewerbe- und Handelsschule als Lehrer aufzufassen[65]). Auch der-

---

[61]) JW. 1925, 2732, 3467; RG. 57, 383; 58, 61; 62, 33; 67, 390. Zwischen Eltern und Kindern besteht nicht ein Lehrverhältnis im rechtlichen Sinn.

[62]) Burgener, S. 36.

[63]) RG. 53, 191.

[64]) RG. 67, 390.

[65]) Deutsche Richterzeitung 1928, Beil. 298/99, Nr. 652.

jenige, dessen sich der Lehrherr als Vertreter bedient (§§ 76 HGB. 127 Gew. Ord.) kann Lehrer sein [66]).

Auch die Leiter und Trainer von vaterländischen und Sportvereinen, insbesondere die der Hitler-Jugend [67]), werden als Lehrer betrachtet werden können, denn der Sport begründet ein Hörigkeitsverhältnis zu den Führern und Senioren-Mannschaften, das von der sexuellen Lust, die wegen der weitgehenden Entblößung der Körperteile und des dadurch ausgelösten Anreizes zu Berührungen erotischer Natur leicht entfacht werden kann, reingehalten werden soll. Daß die Führer der Hitler-Jugend, insoweit es sich um Körperkultur, Staatsbürgerkunde und die Angleichung des durch die Schule vermittelten Wissens an die Gedanken des neuen Staates handelt, Lehrer sind, hat das Reichsgericht ausdrücklich ausgesprochen [68]).

6. Der Erzieher.

Der Begriff des Erziehers ist ein weiterer als der des Lehrers. Der Erzieher wird regelmäßig auch Lehrer sein, während umgekehrt der Lehrer nicht regelmäßig Erzieher sein wird. Das Erziehungsrecht, das dem Vater, der Mutter, der unehelichen Mutter und dem Vormund als Ausfluß der Personenfürsorge zusteht (§§ 1631, 1686, 1707, 1793 BGB.), umfaßt das Recht, über die persönlichen Angelegenheiten des Kindes zu bestimmen, die Macht, die dem Zweck der körperlichen, geistigen und sittlichen Ausbildung dienenden Maßnahmen zu wählen und durchzuführen. Es enthält auch die Befugnis zu erzieherischen Zwecken angemessene Zuchtmittel innerhalb der durch die Rücksichtnahme auf die Gesundheit und Bildung des Kindes bestimmten Grenzen anzuwenden.

Das Erziehungsrecht ist ein höchst persönliches Recht. Es kann daher als solches nicht auf einen anderen übertragen werden. Nur die Ausübung der Erziehungsgewalt kann der Gewalthaber, dessen Recht nach wie vor fortbesteht, einem anderen überlassen unbeschadet der Verpflichtung, die Erziehung zu überwachen und unbeschadet der Befugnis, die Ausübung des Erziehungsrechtes jederzeit zu widerrufen [69]). Wird das Kind in einer Anstalt oder Familie zur Zwangserziehung untergebracht (§ 1666 BGB., §§ 62—67 ff. Jugend-Wohlfahrtsgesetz vom 9. VII. 1922) oder wird die Fürsorgeerziehung nach §§ 5, 7 des

[66]) JW. 1934, 2772.
[67]) Siehe darüber später S. 39.
[68]) RG. 68, 20.
[69]) Warneyer, 1913, Nr. 115; LZ. 1920, 385.

Jugendgerichts-Gesetzes vom 16. II. 1923 angeordnet, so geht dagegen auch das Recht der Erziehung einschließlich des Rechtes zur Anwendung angemessener Zuchtmittel auf den Vorsteher der Anstalt oder der Familie über, der dann seinerseits wieder die Ausübung des Rechts auf einen anderen z. B. die Anstalt verwaltenden Hausvater übertragen kann[70]). Auch den Pflegeeltern, denen das Kind von der Armenverwaltung zugewiesen ist, ist das Erziehungsrecht und das für die Zwecke der Erziehung unentbehrliche Züchtigungsrecht zuzuerkennen[71]). Die vorstehend erwähnten Personen fallen daher ohne weiteres unter § 174, 1 StGB.; sie sind Erzieher kraft Gesetzes.

Erzieher auf Grund abgeleiteten Rechts kommen ebenfalls in Frage. Es sind dies die Personen, die auf Grund der Uebertragung der Ausübung des Erziehungsrechtes in dem oben festgestellten Umfang in der Erziehung eine beherrschende und maßgebende Stellung einnehmen, eine Stellung, die der des Vaters oder des Vormunds ähnelt und ihnen als Autoritätsperson die Leitung und Ueberwachung der gesamten Lebensführung des Zöglings insbesondere auf sittlichem Gebiet, im Zweifel auch das gemäßigte Züchtigungsrecht überträgt[72]). Es gehören also nicht hieher die Erzieher, bzw. Erzieherinnen im landläufigen Sinn z. B. die sogenannten Gouvernanten und Bonnen, deren Aufgabe lediglich eine die Erziehung unterstützende ist.

Berufsmäßigkeit ist nicht erforderlich. Auch häusliche Gemeinschaft braucht nicht zu bestehen, wenn sie auch regelmäßig gegeben sein wird. Anhaltspunkte für das Vorhandensein der Erziehereigenschaft werden regelmäßig sein die Familien- und Vermögensverhältnisse des Erziehungsberechtigten, bzw. des Zöglings, die Vorbildung und die Art und Höhe der Entlohnung und die persönlichen Beziehungen zu der Familie des Zöglings (Teilnahme an den Mahlzeiten, Reisen usw.). Geht der Vater oder die Mutter eines erziehungsbedürftigen Kindes eine neue Ehe ein, so darf angenommen werden, daß dem Stiefelternteil das Erziehungs- und Züchtigungsrecht als abgeleitetes Recht stillschweigend übertragen wird. Der Stiefelternteil darf mithin die zur Erziehung erforderlichen Zuchtmittel, ohne die Zustimmung des anderen Teils einholen zu müssen, anwenden[73]). Der Stiefvater kann mithin zu gleicher Zeit Pflegevater und Erzieher sein.

[70]) RG. 42, 347.
[71]) Gruchot 54, 127.
[72]) Ebermayer, § 174, Anm. 5; Olshausen, § 174, Anm. 14b B; Frank, § 174 III, 1, RG. 34, 311; 35, 10; 46, 344; 68, 20.
[73]) JW. 1917, 656.

Die Entscheidung, ob ein Lehrherr (Prinzipal) im Verhältnis zum Lehrling als „Erzieher" Autoritätsperson ist oder nicht, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. Auf Grund des festgestellten Begriff des Erziehers müssen die begleitenden Umstände so gelagert sein, daß der Lehrherr nicht nur die fachliche Ausbildung des Lehrlings übernommen hat, sondern auch damit die Ueberwachung und Förderung der Lebensführung in körperlicher und geistiger Beziehung übernehmen wollte und übernommen hat. Anhaltspunkte für eine solche erweiterte Gestaltung des Lehrverhältnisses können sein die Aufnahme in den häuslichen Kreis, insbesondere die Familie des Lehrherrn, Gewährung von Beköstigung und Kleidern, Gestattung der mäßigen Züchtigung wie durch den Vater bzw. die Mutter, Anhaltung zur religiösen Betätigung usw. Von Bedeutung können auch sein die Familienverhältnisse des Lehrlings selbst; er ist z. B. ein Waisenkind oder es lebt nur noch ein Elternteil, der sich aus beruflichen, wirtschaftlichen Gründen um die Ueberwachung und Weiterbildung nicht kümmern kann oder sich nicht kümmern will. Auch die Familienverhältnisse des Lehrherrn können bei Beurteilung der Beziehungen eine Rolle spielen, der Lehrherr ist kinderlos oder hat nur weibliche Nachkommenschaft und will sich für sein Alter oder den Fall seines Todes einen geeigneten Geschäftsnachfolger heranbilden. Er nimmt zu diesem Zweck einen Abkömmling seiner näheren oder weiteren Verwandtschaft als Lehrling auf mit dem ausgesprochenen oder doch erkennbaren Willen, ihn nicht nur fachlich oder gewerblich auszubilden, sondern auch gleichzeitig zum Teil die Stelle des Vaters oder der Mutter zu vertreten, ihn zur Arbeitsamkeit und der Pflege guter Sitten anzuhalten und ihm auch über den Rahmen der fachlichen oder gewerblichen Ausbildung noch eine allgemeine Bildung zuteil werden zu lassen, z. B. Erlernung fremder Sprachen [74]).

Ein aktuelles Problem ist, ob die in der Hitler-Jugend tätigen Führer bzw. Führerinnen als Erzieher im Sinne des § 174, 1 StGB. zu betrachten sind oder nicht. Man könnte in zweifacher Hinsicht Bedenken bezüglich der Erziehereigenschaft haben. Zunächst in der Richtung, ob sie berufen und berechtigt sind, das Erziehungsrecht im ganzen oder doch größtenteils auszuüben und ob ihre Führerschaft als Autoritätsverhältnis im Sinne des § 174, 1 StGB. aufzufassen ist. In ersterer Beziehung vertritt das Reichsgericht folgenden Standpunkt [75]):

[74]) Der Begriff des Erziehers ist neuerdings festgelegt in RG. 68, 20 ff.

[75]) RG. 68, 20; siehe auch RG. 69, 216; Inhaber eines landwirtschaftlichen Betriebs als Erzieher gegenüber der minderjährigen Landhelferin.

Nach dem Willen des nationalsozialistischen Staates tritt die Hitler-Jugend als gleichwertige Erziehungseinrichtung neben die Eltern, Lehrer und sonstigen Erzieher. Aus dem Ganzheitsgedanken der nationalsozialistischen Welt- und Staatsauffassung ergibt sich demnach, daß die Führer (Bannführer) Erzieher im Sinne des § 174, 1 StGB. sind.

In letzterer Beziehung, nämlich hinsichtlich der Frage, ob die Führerschaft auf dem Gebiete der Jugenderziehung begrifflich noch ein Unterordnungsverhältnis (Autoritätsverhältnis) ist, wird auf das bereits früher über den Begriff der Autorität Ausgeführte verwiesen [76]). Das Reichsgericht hat sich, obwohl es erforderlich gewesen wäre, mit diesem Problem nicht befaßt.

IV. Der innere Tatbestand.

Insbesondere das vollendete Verbrechen und der Versuch.

Die auf diesem Gebiet auftauchenden Probleme veranlassen die sogenannte Schuldfrage nach dem zur Zeit geltenden Recht zu behandeln, ohne jedoch die zahlreichen Zweifelsfragen einer eingehenden Untersuchung unterziehen zu wollen; es würde dies über den Rahmen der zu behandelnden Aufgabe hinausgehen.

Zum Vorsatz (Schuld) gehört nicht das Bewußtsein, einen bestimmten strafbaren Tatbestand zu erfüllen, es genügt vielmehr die Kenntnis der Tatsachen, aus denen rechtlich zu folgern ist, daß der Tatbestand vorliegt [77]). Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit bildet keine allgemeine Voraussetzung der Strafbarkeit. Der Vorsatz braucht sich nicht auf die Rechtswidrigkeit zu erstrecken [78]). Nur dann gehört dieses Bewußtsein, d. h. das Bewußtsein, daß die Handlung rechtlich verboten ist, nach der Rechtssprechung des Reichsgerichts, die auch von Liszt gebilligt wird, zum Vorsatz, wenn die Rechtswidrigkeit in die Norm ausdrücklich aufgenommen ist. Die strafrechtliche Beurteilung des Irrtums des Täters hat von dieser rechtlichen Grundlage auszugehen. Es soll nicht nur das äußere Geschehen für die Schuld von Bedeutung sein, sondern die innere Einstellung des Täters. In diesem Sinn bedingt der Irrtum, d. h. eine unrichtige Vorstellung von dem tatsächlichen Geschehen, das Vor-

[76]) s. S. 10 ff.
[77]) RG. 64, 334.

handensein bzw. den Grad der Schuld. Der Irrtum, d. h. die Nichtkenntnis oder unrichtige Vorstellung ist zunächst dann von Bedeutung, wenn er sich auf die konkreten Tatumstände erstreckt. Die Frage, ob auch der Rechtsirrtum, sei es, daß es sich um einen Irrtum über sogenannte Komplexbegriffe, sei es, daß es sich um einen Subsumptionsirrtum handelt, einen Schuldausschließungsgrund in der Person des Täters bildet, ist eine der schwierigsten Fragen des Strafrechts. Das geltende Strafgesetzbuch hat zu ihr nicht Stellung genommen. Die Wissenschaft ist zu keinem einheitlichen befriedigenden Ergebnis gelangt, und die Rechtssprechung des Reichsgerichts ist aufs heftigste umstritten. Nach der Rechtssprechung des Reichsgerichts, der hier mit Recht der Vorwurf der Willkürlichkeit, Unsicherheit und des Widerspruchs gemacht wird, soll zu prüfen sein, ob die in das Strafgesetzbuch aufgenommenen Begriffe anderen Rechtsgebieten, z. B. dem bürgerlichen oder Verwaltungsrecht unverändert entnommen worden sind, so daß außerstrafrechtliche Vorschriften für die Begriffe zu gelten haben, oder ob das Strafgesetz den Begriff seiner eigenen Regelung unterworfen, mithin einen selbständigen strafrechtlichen Begriff aufgestellt hat. Im ersteren Fall soll beachtlicher außerstrafrechtlicher, im letzteren Fall unbeachtlicher strafrechtlicher Irrtum vorliegen. Der außerstrafrechtliche Irrtum deckt sich dann mit dem sogenannten Subsumptionsirrtum, wenn dieser weit in das Gebiet des Rechtlichen hineinragt[79]). Der strafrechtliche Irrtum erscheint am häufigsten in der Form des sogenannten Komplexirrtums, bei dem der Täter zwar die den im Strafgesetz aufgestellten selbständigen Rechtsbegriff begründenden Tatsachen kennt, aber der Meinung ist, daß sie den Rechtsbegriff nicht erfüllen.

In dem § 174, 1 StGB. sind nun die Begriffe Vormund, Adoptiv- und Pflegeeltern, Geistliche, Lehrer und Erzieher selbständig festgelegt[80]). Es ist mithin nicht die Kenntnis des Täters von dieser seiner Eigenschaft erforderlich, der Täter muß vielmehr nur die Tatsachen kennen, aus denen die rechtliche Folgerung seiner entsprechenden

[78]) RG. 55, 96; 58, 249.

[79]) Die amtliche Strafrechtskommission will das Problem in der Weise zu lösen suchen, daß, wenn der Täter über einen Komplexbegriff irrt oder irrig subsumiert oder in einem sonstigen Rechtsirrtum, gleichviel welcher Art, handelt, der Richter die Entscheidung lediglich darauf abzustellen hat, ob der Irrtum derart ist, daß der Täter gleichwohl das Bewußtsein Unrecht zu tun gehabt oder doch in Kauf genommen hat Unrecht zu tun. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskomm. II. Aufl., S. 64; Köhler, S. 284.

[80]) Für den Begriff „Vormund" ist dies schon in anderem Zusammenhang erörtert.

Eigenschaft abzuleiten ist. Wollte er sich trotz Kenntnis der Tatsachen darauf berufen, daß er sich nicht für eine Person im Sinne des § 174, 1 StGB. gehalten habe, so wäre dies ein unbeachtlicher Strafrechtsirrtum (Komplexirrtum)[81]). Auch der Begriff der unzüchtigen Handlung ist ein selbständiger Begriff des Strafgesetzes. Die Meinung des Täters, seine Handlungsweise erschöpfe nicht den oben festgestellten Begriff, sie verletze nicht das sittliche Gefühl der Allgemeinheit in geschlechtlicher Beziehung, halte sich vielmehr noch in den erlaubten Grenzen, z. B. seiner Umwelt, ist ebenfalls ein unbeachtlicher Strafrechtsirrtum[82]).

Dagegen ist der Begriff der Minderjährigkeit ein Rechtsbegriff, der dem bürgerlichen Recht entnommen ist. Irrt sich der Täter, z. B. ein Ausländer, bezüglich des Beginns der Volljährigkeit, indem er annimmt, seine 20jährige Schülerin sei, wie nach ausländischem Recht, volljährig, dann wäre es ein beachtlicher außerstrafrechtlicher Irrtum[83]). Würde umgekehrt der Lehrer bei einer 19jährigen, aber für volljährig erklärten Schülerin in Unkenntnis der Volljährigkeitserklärung unzüchtige Handlungen vornehmen in der Meinung, sich dadurch strafrechtlich zu verfehlen, so würde hier ebenfalls[84]) ein Fall des sogenannten Mangels im Tatbestand gegeben sein, da der Täter ein Tatbestandsmerkmal, das fehlt, als vorliegend angenommen hatte. In diesem Falle könnte daher ein vollendetes Delikt unter keinen Umständen angenommen werden, es käme nach der Auffassung des Reichsgerichts höchstens ein Versuch am untauglichen Objekt in Frage, eine Meinung, die aber abzulehnen ist, weil beim Fehlen eines Objekts eine Ausführungshandlung überhaupt nicht denkbar ist, mithin auch eine teilweise Verwirklichung des Tatbestands nicht in Frage kommen kann; es liegt vielmehr ein sogenannter „objektloser Versuch" vor[85]). Die Willensrichtung des Täters ist ferner von erheblicher Bedeutung für die Abgrenzung zwischen vollendetem und versuchtem Delikt und Vorbereitungshandlungen und dann auch für den freiwilligen Rücktritt vom Versuch. Das objektive Erfordernis für die Strafbarkeit des Versuchs ist, daß der auf Verübung eines Verbrechens oder Vergehens gerichtete Entschluß

[81]) RG. 53, 131; 57, 367 (für Beamte); 58, 10 (für Vormünder).

[82]) RG. 40, 326.

[83]) Nach dem italienischen Strafgesetzbuch vom 19. 10. 1930 kann sich der Täter bei Sittlichkeitsdelikten, wenn der Minderjährige unter 14 Jahren ist, zu seiner Verteidigung auf die Unkenntnis des Alters des Verletzten nicht berufen. Art. 539.

[84]) Siehe oben bei Vormund, S. 29.

[85]) van Calker, Ethische Werte S. 33; Köhler, S. 464.

durch Handlungen betätigt wird, die einen Anfang der Ausführung des Verbrechens oder Vergehens enthalten, § 43 StGB. Das Sittlichkeitsverbrechen nach § 174, 1 StGB. setzt sich — wie früher schon erörtert — zusammen aus einem objektiven Sachverhalt (Vornahme unzüchtiger Handlungen) und einem subjektiven Moment, nämlich der wollüstigen Absicht, der fleischlichen Lust. Die Vornahme der unzüchtigen Handlungen setzt daher einen Erfolg voraus. Der Erfolg liegt dann vor, wenn der Täter einen Punkt erreicht hat, von dessen Erreichung er eine Erregung oder Befriedigung seiner Geschlechtslust erwartet hat, ein Erfolg, der allerdings rein objektiv nicht bestimmbar ist[86]).

Die Frage, ob der Täter nur eine Vorbereitungs- oder Versuchshandlung vorgenommen hat oder ob das Sittlichkeitsverbrechen vollendet worden ist, kann daher nur entschieden werden, wenn auch festgestellt wird, wie sich der Täter die Gesamtheit der beabsichtigten unzüchtigen Handlungen vorgestellt bzw. was er beabsichtigt hat. Denn die Absicht des Täters kann objektiv den äußeren Tatbestand derart bestimmen, daß nur die vollständige Verwirklichung die Vollendung der Tat bedeutet und ein Zurückbleiben hinter der Absicht die Tat nicht zur Vollendung bringt[87]). Für die Vorbereitungshandlung kommt allerdings in erster Linie ein objektiver Maßstab in Frage; die Vorbereitungshandlung schafft die Bedingungen für die Ausführung, während die Ausführungshandlung bereits die Kausalkette eröffnet. Die Vorbereitung bedeutet das Spielen mit dem Gedanken, die Ueberlegung bezüglich der Art der Ausführung der Tat und die Rüstung zur Tat, alles neutrale Vorgänge, die der Täter zunächst noch im geheimen halten wird. Unter diesem Gesichtspunkt wird man der Meinung zustimmen können, daß in der Aufforderung an das Kind, die Hose aufzuknöpfen oder an den Ort der Unzucht zu kommen, bereits eine Versuchshandlung liegt[88]). Ein Versuch des Verbrechens nach § 174, 1 StGB. ist daher dann denkbar, wenn bei der Vornahme einer unzüchtigen Handlung die Geschlechtslust noch nicht erregt ist, die dann durch weitere unzüchtige Handlungen eintreten soll. Dieser Fall ist gegeben, wenn der Täter einem Mädchen unter die Röcke gegriffen hat mit dem weiteren Ziel, ihren nackten Körper bzw. die Scham zu betasten und sich erst auf diese Weise geschlechtlich zu erregen. Ist es aber zur Betastung des nackten Körpers bzw. der Scham nicht gekommen, dann liegt,

[86]) Köhler, S. 450, 451.
[87]) Ebermayer, § 43, Anm. 6 d.
[88]) Ebermayer, § 176, Anm. 3; Bericht über d. amtl. Strafrechtskomm. S. 23, 39.

obwohl — wie früher schon erörtert — der Begriff der unzüchtigen Handlung nicht das Berühren des entblößten Körpers, nicht einmal ein Berühren des Körpers erfordert, die Handlungsweise mithin objektiv bereits die Vornahme unzüchtiger Handlungen bilden würde, lediglich ein versuchtes Verbrechen vor[89]). In einem so gelagerten Fall wird die Frage des Rücktritts vom nicht vollendeten Versuch von rechtlicher Bedeutung, § 46, 1 StGB. Steht der Täter von der weiteren Ausführung der Tat ab, so bedeutet dies einen sogenannten persönlichen, nur den Zurücktretenden, nicht den Teilnehmer an der Tat berührenden Strafausschließungsgrund, vorausgesetzt, daß der Rücktritt ein freiwilliger ist; der unfreiwillige Rücktritt ist mithin belanglos. Unfreiwillig ist der Rücktritt, wenn der Täter durch ein wirkliches oder vermeintliches, von seinem Willen unabhängiges Hindernis zum Rücktritt, d. i. zur Abstandnahme von der weiteren Ausführung veranlaßt worden ist. Die Fälle des freiwilligen Rücktritts sind, wie die Praxis zeigt, selten. Beim Verbrechen nach § 174, 1 StGB. ist denkbar, daß dem Sinnesrausch durch die Furcht vor Strafe oder das Schamgefühl rasch eine Ernüchterung folgt und deshalb der Täter aus besseren seelischen Regungen die weitere Ausführung der Tat aufgibt, anders ausgedrückt, wenn nicht das Gefühl der freien Wahl durch die den Willen gestaltenden seelischen Anreize aufgehoben ist[90]). Bei der mittelbaren Täterschaft im eigentlichen Sinn liegt aber, wenn das nicht verantwortliche Werkzeug die weitere Ausführung der Tat freiwillig aufgibt, ein eigentlicher Rücktritt nicht vor. Die Tat bleibt für den mittelbaren Täter im Stadium des Versuchs. Auch der freiwillige Rücktritt eines verantwortlichen Werkzeugs ist nicht als Strafausschließungsgrund für den mittelbaren Täter zu betrachten. Der mittelbare Täter hat den Erfolg aus den Händen gegeben. Daß die Vollendung der Tat ausbleibt, ist eine Tatsache, die ohne sein Zutun eingetreten und nur auf eine Sinnesänderung des Werkzeugs zurückzuführen ist. Nur wenn der unmittelbare Täter auf Grund einer vorgängigen Weisung des mittelbaren Täters zurücktritt, kommt der Rücktritt auch dem letzteren zugute[91]).

[89]) RG. 47, 74; 58, 277.

[90]) Köhler, S. 469.

[91]) Köhler, S. 466; Wachenfeld, Z.St.W. 1918, S. 30 ff.; Beling, Z.St.W. 28, S. 606 ff.; von Liszt, § 50, Ziff. 8; Ebermayer, § 46, Anm. 2; RG. 39, 37. Zutreffend führt Köhler aus, daß der Standpunkt des Reichsgerichts dem Grundgedanken der lediglich persönlichen Wirkung einer Rücktrittshandlung widerspricht, weshalb die Tätigkeit des Gehilfen (Rücktritt) strafrechtlich nicht als eigene Handlung des mittelbaren Täters aufgefaßt werden kann.

Würde z. B. der Vormund eine Frau veranlassen, sein Mündel auszuziehen, damit er sich an dem nackten Körper angeilen kann, die Frau aber während des Ausziehens aus Scham oder Gewissensbissen die weitere Entblößung des Körpers einstellen, dann wäre sie wegen freiwilligen Rücktritts vom nichtbeendigten Versuch straffrei, nicht dagegen der Vormund. Hätte ihr der Vormund die Weisung erteilt, das weitere Ausziehen zu unterlassen, wenn sie merkt, daß das Kind sich schämt und hätte sie deshalb von der Entblößung des Körpers Abstand genommen, dann würde der Rücktritt auch zu Gunsten des Vormunds wirken. Vorausgesetzt wird aber im Fall einer vorgängigen Instruktion des unmittelbaren Täters, daß es mindestens zu Ausführungshandlungen gekommen ist und der Rücktritt ein freiwilliger war. Dies wäre nicht der Fall, wenn die Weisung lauten würde, die Ausführung beim Vorliegen bestimmter Umstände zu unterlassen, z. B. im Falle des Schreiens des Kindes und der dadurch geschaffenen Gefahr der Entdeckung. Die Rechtslage ist nach dieser Auffassung die gleiche, wie wenn der Täter unmittelbarer Täter ist und bei Begehung der Tat durch einen Gehilfen unterstützt wird. In dem erwähnten Beispiel beginnt er selbst durch Handanlegen das Ausziehen des Kindes, läßt sich aber dabei von der Frau helfen. Die Frau weigert sich aus seelischen Regungen beim Ausziehen weiter behilflich zu sein und stellt ihre Tätigkeit ein. Für diesen Fall gelten die bei der Teilnahme erörterten Rechtsgrundsätze.

Die innere Einstellung des Täters ist endlich von rechtlicher Bedeutung für die Frage, ob mehrere wiederholte Unzuchtshandlungen zu einer juristischen Einheit zusammengefaßt werden können. Rechtsprechung und Rechtslehre nehmen eine solche juristische Einheit bei dem Handeln in Fortsetzungszusammenhang an (sog. fortgesetztes Delikt). Die Strafrechtskommission hat für dieses Delikt folgende Begriffsbestimmung gewählt „die wiederholte Verwirklichung eines und desselben Tatbestands bildet nur eine Straftat im Sinne des Strafgesetzbuches, wenn sie aus einem einheitlichen Entschluß heraus verübt wird“ [92]). Ob die Kommission mit dieser Begriffsbestimmung den Standpunkt des Reichsgerichts ablehnt, ist nicht ersichtlich. Das Reichsgericht steht beim fortgesetzten Delikt auf dem Standpunkt, daß ein einheitlicher Vorsatz vorliegen müsse [93]). Der einheitliche Vorsatz erfordert die Vorstellung und das Wollen eines nach Zeit,

[92]) Bericht über die Arbeit der amtl. Strafrechtskommission 2. Aufl., S. 240.
[93]) Ebermayer, Einleitung B III, Ziff. 5; Frank, § 74a E; Olshausen, § 73, Anm. 6 ff; v. Calker, § 18 IV (spricht von Gleichheit des Vorsatzes).

Ort und Gegenstand bestimmten Verhaltens, das die wesentlichen Tatbestandsmerkmale der Strafnorm erfüllt. Den Gegensatz bilde der allgemeine bestimmte Entschluß, bei künftiger Gelegenheit gleiche, in ihrer konkreten Gestaltung (Zeit, Ort usw.) noch nicht vorgestellten Straftaten zu verüben. Als weitere Erfordernisse werden verlangt im wesentlichen gleichartige Begehungen, Einheit des verletzten Rechtsgutes, daher bei Sittlichkeitsdelikten mit Rücksicht auf das höchstpersönliche Rechtsgut der Geschlechtsehre und der geschlechtlichen Freiheit die gleiche Person des Verletzten. Ein Fortsetzungszusammenhang liegt daher nicht vor, wenn sich die Tat gegen mehrere Rechtsträger richtet, es sei denn, daß in ihrer Person auch ein geschütztes Rechtsgut der Gesamtheit verletzt wird. Daraus ergibt sich, daß, wenn eine Autoritätsperson sich wiederholt gegen ein und denselben Schützling verfehlt hat, regelmäßig ein fortgesetztes Delikt gegeben sein wird, auch dann, wenn die einzelne Tat auf einem selbständigen Entschluß beruht. Dagegen können die wiederholten Handlungen dann nicht als in Fortsetzungszusammenhang verübt erachtet werden, wenn sie an verschiedenen Kindern und sei es auch in gleicher Weise, am gleichen Ort und unmittelbar hintereinander verübt werden.

Die innere Einstellung des Kindes, Mündels, Schülers oder Zöglings gegen die unzüchtigen Handlungen ist rechtlich belanglos. Es ist völlig gleichgültig, ob er in der Vornahme der unzüchtigen Handlungen einen Mißbrauch der Autorität erblickt und ob auch nach seiner Auffassung die Handlungen als unzüchtig zu betrachten sind. Es ist nichts Außergewöhnliches, daß die jugendlichen Personen, die in § 174, 1 StGB. eine Rolle spielen, manche Zudringlichkeiten und Handlungen geschlechtlicher Natur, die den Charakter von unzüchtigen Handlungen in dem früher besprochenen Sinn haben, nicht als solche auffassen. Jugend hat keine Tugend. Das Sexualleben der bewußten Jugend steht niemals in Einklang mit den Anschauungen des reifen Alters und den allgemeinen ethischen Normen. Es sind Fälle bekannt geworden, in denen es die Schüler, wenn ihnen der Lehrer an den Geschlechtsteil gelangt und an ihm gekitzelt hat, dies nur als Scherz, nicht einmal als Unanständigkeit, höchstens als Ungehörigkeit betrachtet und darüber gelacht haben [94]).

Besteht die unzüchtige Handlung in der schwersten Form, nämlich dem Beischlaf, und bildet dieser Blutschande nach § 173/II StGB., dann ist Idealkonkurrenz mit § 174, 1 StGB. möglich, wenn in der

[94]) Hoffmann und Stern, S. 27, 30.

Person des Verwandten oder Verschwägerten gleichzeitig die Eigenschaft einer Autoritätsperson im Sinne des § 174, 1 StGB. vorliegt. Fälle dieser Art sind die Bestellung der leiblichen Mutter zur Vormünderin im Falle der Verwirkung der elterlichen Gewalt des Vaters ohne Auflösung der Ehe, §§ 1773, 1684, 2 BGB., oder die Bestellung eines Stiefvaters oder Bruders zum Vormund oder die Adoption eines Kindes durch den Stiefvater.

Ein und dieselbe Handlung kann ferner, wenn sie mit Gewalt an einer Person unter 14 Jahren von einer Autoritätsperson vorgenommen wird, die Tatbestände der §§ 174, 1, 176, 1 u. 3 StGB. in Idealkonkurrenz bilden. Eventuell ist auch Idealkonkurrenz zwischen §§ 174, 1, 176, 3, 177 StGB. möglich, wenn der Beischlaf mit Gewalt vollzogen worden ist, mit § 176, 1 dagegen nur dann, wenn ein Notzuchtsversuch oder die Notzucht mit Gewalt verübt worden ist[95]), nicht dagegen bei vollendeter Notzucht, die durch Drohung verübt worden ist, da in letzterem Fall § 177 StGB. den spezielleren Tatbestand enthält, § 176, 1 StGB. mithin die Bedeutung einer subsidiären Norm hat. die nur dann zur Anwendung kommt, wenn die Handlung nicht bereits durch ein anderes mit Strafdrohung verbundenes Verbot getroffen wird; anders ausgedrückt, wenn das eine Strafgesetz den Vorrang vor dem anderen hat[96]). Hat die Autoritätsperson einen Notzuchtsversuch verübt, von dem sie freiwillig zurückgetreten ist, dann stellt sich die Tat dar als Verbrechen nach § 176, 1 in Idealkonkurrenz mit einem Verbrechen nach § 174, 1 StGB.[97])

Idealkonkurrenz ist auch denkbar mit § 175, 175 a (Unzucht zwischen Männern) und § 172 StGB. (Ehebruch), eventuell auch mit § 223 StGB. (Körperverletzung) und § 240 StGB. (Nötigung). Idealkonkurrenz mit dem Vergehen der Beleidigung ist nur dann gegeben, wenn Tathandlungen, die teils nur unter den Begriff der unzüchtigen Handlung, teils nur unter den der Beleidigung fallen, nach Lage des Falles als einheitliche Handlung zusammenzufassen sind, während sonst der engere Tatbestand des § 176, 3 StGB. den der Beleidigung ausschließt[98]).

[95]) Die Frage, ob bei einem Kind unter 14 Jahren Notzucht verübt werden kann, ist allerdings bestritten. Wie hier Ebermayer, § 177, Anm. 2; Liszt, der Geschlechtsreife verlangt und Hälschner 2, 230, der ein Alter über 14 Jahre für erforderlich erachtet.

[96]) Ebermayer, Einleitung A VIIa.

[97]) Ebermayer, § 176, Anm. 15; § 177, Anm. 5.

[98]) Ebermayer, § 176. Anm. 15; Olshausen, § 176, Anm. 20; Frank, §§ 174 VI, 176 IV, 177 II; Schwarz, § 173 B 3, § 174 C 4; RG. 45, 344; 46, 301.

Die Idealkonkurrenz ist auch für die Nebenstrafe der Entmannung von Bedeutung, denn § 174 StGB. ist nicht in § 42 k StGB. aufgeführt. Dagegen kann eventuell das Verbot der Berufsausübung z. B. bei einem Privatlehrer, Vorsteher eines Erziehungsinstituts in Frage kommen. § 42, 1 StGB.

V. Die Teilnahme.

Das Verbrechen nach § 174, 1 StGB. ist ein sogenanntes Sonderdelikt. Es kann im Gegensatz zu dem gewöhnlichen Delikt, das von jedermann begangen werden kann, nur von bestimmten Personen verübt werden. Aus dieser Rechtsnatur ergeben sich wichtige Folgerungen auf dem Gebiet der Teilnahme, §§ 47 ff. StGB.

Diese ist nach geltendem Recht nicht selbständige Täterschaft. Die Verantwortlichkeit des Teilnehmers wird vielmehr von dem Tun eines anderen abhängig gemacht (Akzessorität der Teilnahme).

Die Mittäterschaft, d. h. die bewußt gewollte, gemeinschaftliche Ausführung des Verbrechens, wobei die Art und der Umfang der Beteiligung grundsätzlich ohne Bedeutung ist, ist nur dann möglich, wenn die mehreren Personen je die Eigenschaft haben, die die unzüchtigen Handlungen als strafbar erscheinen lassen (ein Außenstehender, d. i. eine Persönlichkeit, die nicht unter den Kreis der Autoritätspersonen fällt, kann nicht Mittäter sein). Der Fall ist denkbar, wenn z. B. mehrere Vormünder aufgestellt sind und sie im Zusammenwirken unzüchtige Handlungen an dem Mündel vornehmen. Eine Mittäterschaft des Betroffenen (Kindes, Mündels, Schülers oder Zöglings) ist selbst bei objektiver und subjektiver Mitwirkung an den unzüchtigen Handlungen nicht möglich. Das Delikt kann nämlich, obwohl der Tatbestand als solcher die Beteiligung einer zweiten Person verlangt, seiner Natur nach nur von dem einen begangen werden. Es ist ein Fall der sogenannten „Eintäterschaft" gegeben, da nicht die Tätigkeit als solche, sondern nur die mit Rücksicht auf die Person des Täters bestimmt geartete Tätigkeit mit Beziehung auf einen anderen strafbar ist [99]).

[99]) Siehe bezüglich des Begriffs der „Eintäterschaft" Ebermayer, § 47, Anm. 11, 13; Olshausen, § 47, Anm. 20.

Die Frage, ob ein Außenstehender Anstifter sein kann ist bestritten. Sie wird von einzelnen Schriftstellern verneint, die herrschende Auffassung ist jedoch für die Bejahung, denn die Grundsätze bezüglich der Teilnahme machen die Strafbarkeit des Teilnehmers nicht davon abhängig, daß er auch Teilnehmer sein kann[100]). Bei der Bejahung dieser Frage wird die Streitfrage von praktischer Bedeutung, ob eine Anstiftung auch dann vorliegt, wenn der Anstiftende die Vollendung der Tat nicht gewollt, sein Wille vielmehr dahin gegangen ist, daß die Tat im Versuchsstadium stecken bleiben soll. Beispiel: Der Lehrer wird angestiftet, mit einer Schülerin unzüchtige Handlungen vorzunehmen. Er führt das Kind zu diesem Zweck in den Wald und ist eben im Begriff, der Schülerin unter die Röcke zu greifen, als ein in der Nähe weilender, vom Anstifter verständigter Schutzmann hervortritt und das weitere Vorgehen des Lehrers verhindert. Die Strafbarkeit dieser Anstiftung wird mit Recht bejaht, da der Anstiftende nicht den Vorsatz des Täters haben muß und der Ansicht der Gegner, daß auch der Anstifter den Tatwillen in vollem Umfange haben müsse, kann nicht beigepflichtet werden, jedenfalls nicht für den Fall, wenn es der Anstiftende in der Hand hatte, z. B. durch entsprechende Veranstaltungen die Vollendung der Tat zu verhindern, oder wenn er weiß, daß eine vollendete Tat nicht verübt werden kann, z. B. die Schülerin ist volljährig[101]). Daraus folgt, daß auch Beihilfe eines Außenstehenden möglich ist.

Die Beihilfe erfordert die Absicht oder doch sichere Voraussicht, daß durch die eigene Tätigkeit die Tat eines anderen unterstützt wird. Eine fahrlässige Beihilfe ist zwar begrifflich möglich, allein nach geltendem Strafrecht nicht strafbar. Wer z. B. einem Vormund eine unzüchtige Handlung, ohne zu ihrer Vornahme anstiften zu wollen, so verführerisch schildert, daß dieser die unzüchtigen Handlungen vornimmt, kann wegen Beihilfe schon deswegen nicht bestraft werden, weil die fahrlässige Begehung der Tat als solche nicht möglich ist.

Die Beihilfe kann eine intellektuelle oder eine physische sein, Beihilfe durch Rat oder durch Tat. Der Gehilfe kann den Entschluß der Autoritätsperson, ein Verbrechen nach § 174, 1 StGB. zu verüben, befestigen oder ihm die Ausführung der Tat erleichtern, z. B. zur Vor-

[100]) Neuerdings RG. 63, 313.

[101]) Olshausen, § 48, Note 21; Binding, Grundriß 171; Schwarz, § 48, Note 2 u; Köhler, S. 524; RG. 15, 315; Allfeld, S. 229, Note 23; Frank, § 48 III; Mayer 406; Wachenfeld, S. 205; van Calker, S. 80.

nahme der unzüchtigen Handlungen wird ein Zimmer zur Verfügung gestellt.

Bei der Auslegung des Begriffs der wissentlichen Hilfeleistung ist zu beachten, daß die Beihilfe nicht zur Ausführung der Haupttat selbst geleistet werden muß, daß sie sich nicht auf ein zum Tatbestand der Haupttat gehöriges Merkmal zu erstrecken braucht, daß sie vielmehr schon zu bloßen Vorbereitungshandlungen des Täters erfolgen, sogar schon vor dem Entschluß des Täters, die Tat zu verüben, einsetzen kann. Voraussetzung ist nur, daß die Haupttat mindestens in das Stadium des Versuchs gelangt ist. Dabei ist es gleichgültig, weil der Vorsatz des Gehilfen nur auf die Förderung der Haupttat als vollendete Tat gerichtet zu sein braucht, ob die Hilfeleistung schließlich auch für den eingetretenen Erfolg ursächlich war [102]). Strafbare Beihilfe liegt daher im Gegensatz zur Anstiftung nicht vor, wenn der Unterstützende nur den Versuch des Deliktes will, d. h. wenn er voraussieht, daß die Haupttat nicht vollendet werde. Beispiel: Die Frau stellt zum Zweck der Vornahme unzüchtiger Handlungen ein Zimmer zur Verfügung, sie rechnet aber bestimmt damit, daß es zur Vornahme der unzüchtigen Handlungen selbst wegen des sicher zu erwartenden Widerstands nicht kommen wird. Die Strafbarkeit wird jedoch, ebenso wie bei der Anstiftung zum Versuch, zu bejahen sein, da der Standpunkt der gegenteiligen Ansicht, der Wille des Gehilfen könne nur darauf gerichtet sein, die Beihilfe zu einer v o l l e n d e t e n Tat zu leisten, wie auch der Wille des Täters auf die Vollendung gerichtet sein müsse, nicht gebilligt werden kann [103]). Beihilfe zur Anstiftung oder zur Beihilfe sind möglich, der herrschenden Auffassung nach aber als Beihilfe zur Haupttat zu werten.

Eine besondere Behandlung bedarf der Fall, daß bei der Teilnahme einer der Beteiligten vom Versuch freiwillig zurücktritt. Tritt der Haupttäter zurück, dann wirkt der Rücktritt nicht für Anstifter und Gehilfen. Tritt ein Mittäter zurück, dann wirkt der Rücktritt für ihn nur, wenn er die Vollendung der Tat verhindert. § 46 StGB. ist auch auf den Gehilfen anwendbar, wenn dieser von seiner Tätigkeit zurücktritt und deshalb die Tat nicht vollendet wird, die Nichtvollendung mithin auf dem Rücktritt des Gehilfen beruht. Der Gehilfe ist in diesem Fall straflos, der Haupttäter dagegen wegen versuchter

[102]) RG. 58, 113 ff.; 60, 23; 69, 179.

[103]) Binding, Grundriß 149, Nr. 2; Köhler, S. 531, Anm. 3; Olshausen, § 49, Anm. 21; Frank, § 49 II.

Tat strafbar. Wenn aber der Gehilfe vor der Vollendung nur von weiterem absteht, ist darin allein noch nicht ein freiwilliger Rücktritt von der Beihilfe zum versuchten Verbrechen zu erblicken. Der Gehilfe muß vielmehr die Vollendung der in das Versuchsstadium getretenen Haupttat verhindern, ist dies der Fall, dann ist er straflos, es sei denn, daß andere äußere Ereignisse die Vollendung der Haupttat verhindert haben. Vollendet dagegen der Haupttäter die Tat trotz der Bemühungen des Gehilfen, ihn davon abzubringen, so bleibt der Gehilfe strafbar. (Dies ist die herrschende Meinung)[104]). Tritt dagegen der Haupttäter allein freiwillig zurück, dann bleibt der Gehilfe strafbar. Es kommt selbstverständlich nur eine Bestrafung wegen Beihilfe zum versuchten Delikt in Frage. Auf den früher behandelten Fall angewandt, ergibt sich folgendes: Würde die Gehilfin freiwillig zurücktreten und den Vormund ebenfalls bestimmen, von der weiteren Ausführung Abstand zu nehmen, dann wäre sie straflos und der Vormund, wenn er seinerseits nicht auch zum Nichtweiterhandeln entschlossen war, wegen Versuchs zu bestrafen sein. Anders wäre zu entscheiden, wenn der Vormund weitergehandelt und das Kind allein völlig entblößt hätte; in diesem Fall sind beide wegen vollendeten Delikts strafbar.

Bei Anstiftungshandlungen genügt es nicht, daß der Anstiftende seine Aufforderung widerrufen hat. Er muß vielmehr den Aufgeforderten umgestimmt oder sonstwie bewirkt haben, daß der Erfolg nicht eintritt; das Zustandekommen eines Versuchs braucht nicht verhindert zu werden[105]).

VI. Eindeutige und wahldeutige Feststellung.

Der Tathergang kann bei einem Sittlichkeitsverbrechen im verfahrensrechtlichen Sinn der Identität des historischen Vorgangs (§ 264 StPO.) ungewiß sein und trotz des gewissenhaften Bestrebens des Richters, ein zuverlässiges, das wirkliche Geschehen in objektiver und subjektiver Beziehung darstellendes Bild zu schaffen, nicht in allen Einzelheiten aufgeklärt werden können. Die Ungewißheit kann in diesem Fall unter verschiedenen Gesichtspunkten gegeben sein.

[104]) RG. 38, 223; 47, 358; 56, 211; Ebermayer, § 46, Anm. 2; Frank, § 46 V; Köhler, S. 466.

[105]) RG. 47, 358; 56, 210; Köhler, S. 466.

Es kann mit Sicherheit nicht festgestellt werden, ob in dem Zeitpunkt, in dem der Täter die unzüchtigen Handlungen in der vorgestellten Weise begonnen hat, bereits die geschlechtliche Erregung eingetreten war, oder ob nicht diese Erregung erst im späteren Verlauf des Geschehens eintreten sollte, mit anderen Worten, es ist nicht aufzuklären, ob das Sittlichkeitsverbrechen vollendet worden oder im Versuchsstadium steckengeblieben ist. In diesem Fall muß die dem Täter günstigere Entscheidung auf Grund eindeutiger Feststellung getroffen werden, weshalb nur eine Verurteilung wegen versuchten Delikts nach § 43 StGB. erfolgen darf; denn beim vollendeten und versuchten Delikt handelt es sich nicht um zwei selbständige Verbrechenstatbestände, von denen der eine oder der andere nachgewiesen sein müßte, damit eine Verurteilung erfolgen kann, sondern nur um Begehungsformen, die einer verschiedenen Bestrafung unterliegen [106]).

Es kann bei Idealkonkurrenz nicht festgestellt werden, daß die Voraussetzungen sämtlicher ideell konkurrierender Strafnormen gegeben sind. Bei solcher Prozeßlage muß auf Grund eindeutiger Feststellung Verurteilung wegen Verfehlung nach der Strafnorm, deren Voraussetzungen in objektiver und subjektiver Beziehung gegeben sind, erfolgen, ohne daß eine teilweise Freisprechung erfolgt [107]).

Es kann die Art der Ausführung nicht festgestellt werden. Handelt es sich in diesem Fall um einen sogenannten Mischtatbestand, d. h. einen Tatbestand, der als eine Verfehlung gedacht auf verschiedene Weise verwirklicht werden kann, weil die Strafnorm einen den verschiedenen Alternativen gemeinsamen objektiven, rechtswidrigen Bestandteil aufweist [108]), dann ist nach der Rechtssprechung des Reichsgerichts sogenannte alternative Feststellung möglich. Es ist daher möglich, wahlweise festzustellen, daß die Autoritätsperson entweder als Lehrer oder Erzieher gehandelt hat und daß die geschützte Person Schüler oder Zögling war oder daß beim Zusammentreffen mit den §§ 175a oder 176 StGB. die Unzuchtshandlungen mit Gewalt vorgenommen worden sind oder daß die Duldung solcher Handlungen durch Drohung usw. erzwungen worden ist.

Es ist aber auch der Fall denkbar, daß die wahlweise in Frage kommenden Möglichkeiten andersartige, selbständige Tatbestände von verschiedener rechtlicher Bedeutung erfüllen. Um in einem solchen Fall eine dem gesunden Rechtsempfinden unverständliche Frei-

[106]) RG. 41, 352; 64, 319.
[107]) Herrschende Ansicht.
[108]) Köhler, S. 182.

sprechung zu verhüten, hat die Strafrechtsnovelle vom 28. 6. 1935 in einer wohl nicht glücklichen Fassung bestimmt: „Steht fest, daß jemand gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat, ist aber eine Tatfeststellung nur wahlweise möglich, so ist der Täter nach dem mildesten Gesetz zu bestrafen" § 2b StGB.[109]). Gemeint ist, daß, wenn sich der Richter nicht entschließen kann, den einen oder anderen Tathergang eindeutig festzustellen, der strafbare Tatbestand in mehrfach unterstellter Weise der Verurteilung zugrunde gelegt wird. Auch diese Art der Verurteilung kann bei einem unter dem Gesichtspunkt des § 174, 1 StGB. unter Anklage gestellten Geschehen in Frage kommen. Das Ergebnis der Verhandlung kann das sein, daß nicht restlos aufgeklärt werden kann, ob der Täter die unzüchtigen Handlungen in der Absicht, seine Sinneslust oder die des anderen Teils oder eines Dritten zu erregen vorgenommen hat, die Handlungen mithin als unzüchtig in dem wiederholt betonten Sinn aufzufassen sind, daß andererseits aber auch Zweifel bestehen, ob der Täter das Bewußtsein der Ehrenkränkung gehabt hat[110]). In diesem Fall dürfte auf Grund der Wahlfeststellung eine Verurteilung wegen Beleidigung, die nur im Fall einer eindeutigen Feststellung nach § 174, 1 StGB. unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität des § 185 StGB. nicht in Frage kommt, möglich sein[111]).

VII. Die Reform und die ausländische Strafgesetzgebung.

Es ist Sache der verständnisvollen Einfühlung in die Bedürfnisse des Volkes, in welchem Maß ein von der herrschenden Ordnung abweichendes Verhalten in geschlechtlichen Angelegenheiten mit Strafe zu bedrohen ist. Die Grundauffassung muß sein, daß ein strenger Maßstab anzulegen ist[112]). Insbesondere ist kriminalpolitisch ein starker Schutz des geschlechtlich-sittlichen Lebens der Unmündigen mit

[109]) Bezüglich der verfahrensrechtlichen Behandlung siehe § 267 b StPO.

[110]) Der Täter bringt z. B. nicht ausreichend widerlegt vor, er sei auf Grund bestimmter Anhaltspunkte des Einverständnisses des Schutzbefohlenen sicher gewesen.

[111]) RG. 45, 344; 68, 25; siehe aber auch RG. 46, 301, wo Idealkonkurrenz zwischen Sittlichkeitsverbrechen und Beleidigung angenommen wird, wenn auch Handlungen vorgenommen werden, die nicht notwendig unsittlich sind.

[112]) Köhler, Die Sittlichkeitsdelikte des StGE. 1927; Gerichtssaal 96, 360 ff.

Rücksicht auf ihre geschlechtliche Unreife, Unerfahrenheit und die Bewahrung vor sittlicher Verderbnis zu fordern. Der Gedanke, daß unsittliche Handlungen jeder Art an oder mit Minderjährigen, die unter Mißbrauch oder doch vermutetem Mißbrauch eines Autoritätsverhältnisses vorgenommen werden, strafbar sind, soll, insoweit es sich um reine Autoritätsverhältnisse handelt, in möglichst weitem Umfang verwirklicht werden. (Erweiterung des Personenkreises und der Art der unzüchtigen Handlungen).

Es sollen aber auch die Fälle, in denen es sich nicht um eigentliche Autoritätsverhältnisse, sondern um soziale Abhängigkeitsverhältnisse handelt und die wirtschaftliche Uebermacht dazu benützt wird, um der Sinneslust zu fröhnen, unter Strafe gestellt werden. Regelmäßig wird sich in solchen Fällen der Untergebene in einer wirklichen (offenen) oder doch vermeintlichen Zwangslage befinden. Man denke an die in Aussicht gestellte Kündigung für den Fall der Ablehnung der unsittlichen Zumutungen oder Inaussichtstellen eines sonstigen Uebels, z. B. Kürzung des Lohnes oder endlich Aeußerungen, die solche wirtschaftliche Nachteile als möglich erscheinen lassen. Es sind dies Handlungen, die nach dem gesunden Volksempfinden nicht nur sittlich verwerflich sind, sondern auch als Angriffe auf die geschlechtliche Freiheit mit Strafe zu ahnden sind.

Auf diesem Gebiet fortschreitend müßte der Gesetzgeber auch erwägen, ob nicht auch die Fälle, in denen ein Unmündiger, der nicht in einem wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis steht, sich aber durch das Inaussichtstellen wirtschaftlicher oder beruflicher Vorteile, z. B. der Einstellung als Arbeiter als Objekt der Sinneslust benützen läßt, als strafbarer Tatbestand aufzustellen wären. Man könnte endlich auch daran denken, auch die Vornahme unzüchtiger Handlungen an Unmündigen, die sich in einer hilflosen, z. B. wirtschaftlichen Notlage befinden, sei es daß sie sich gegen oder ohne Entgelt benützen lassen, zu bestrafen.

Eine Betrachtung der wichtigeren neuen Strafgesetzbücher, bzw. Entwürfe zu einem neuen Strafgesetzbuch des Auslands beweisen, daß die vorstehend aufgeführten gesetzgeberischen Erwägungen schon zum Teil verwirklicht sind, bzw. verwirklicht werden sollen.

Der Entwurf eines österreichischen Strafgesetzbuches bedroht die Unzucht mit einem Blutsverwandten absteigender Linie (also nicht nur den Beischlaf) die Unzucht mit einem minderjährigen Stiefkind, den Beischlaf oder die Unzucht mit einer weiblichen Person anläßlich

der Ausübung der Seelsorge, die Vornahme einer unzüchtigen Handlung vor einer Person, um den Geschlechtstrieb zu erregen oder zu befriedigen und den Mißbrauch seiner Stellung, um sich die Person hörig zu machen, mit der er die unzüchtige Handlung vornimmt [113]).

Das belgische Kinderschutzgesetz vom 15. 5. 1912 bedroht den Aszendenten, den Dienstherrn und denjenigen, der zum Gesinde des Aszendenten gehört [114]).

Der schweizerische Vorentwurf sieht die Bestrafung unzüchtiger Handlungen mit dem unmündigen Stiefkind, Lehrling oder Dienstboten und dem eigenen Kind vor. Strafbar ist auch die Verleitung eines Unmündigen, die Vornahme unzüchtiger Handlungen vor einem Unmündigen unter 16 Jahren und die Nötigung Abhängiger zum Beischlaf [115]).

Der Entwurf eines griechischen Strafgesetzbuches (1924) droht die Unzucht mit Minderjährigen durch Mißbrauch eines Gewalt- und Abhängigkeitsverhältnisses. Strafbar sind auch Verschwägerte, die mit ihren minderjährigen Verschwägerten absteigender Linie, Pfleger, Geistliche, die mit ihren minderjährigen Pfarrkindern unzüchtige Handlungen vornehmen und der Mißbrauch des Abhängigkeitsverhältnisses durch Ueberredung eines unbescholtenen weiblichen Dienstbotens zum außerehelichen Beischlaf [116]).

Das russische Strafgesetzbuch vom 22. 11. 1926 bedroht die Verführung von Kindern und Minderjährigen durch Verübung von unzüchtigen Handlungen an ihnen [117]).

Eingehend regelt das italienische Strafgesetzbuch vom 19. 10. 1930 „die Angriffe auf die Scham und die geschlechtliche Ehre". Es bestimmt, daß wer, abgesehen von den Fällen der Art. 519—21, Unzuchtshandlungen an oder in Gegenwart von Personen unter 16 Jahren begeht oder sie verleitet, Unzuchtshandlungen an sich selbst, an der Person des Schuldigen oder einer anderen Person zu begehen, strafbar ist; es ist aber Strafausschließungsgrund, wenn der Minderjährige schon sittlich verdorben war [118]). Das Anvertrauen zur Pflege, Erziehung, Unterrichtung, Ueberwachung oder Aufsicht ist bei der

[113]) §§ 266, 272, 273, 274 des Entwurfes.
[114]) Art. 52.
[115]) §§ 170, 171, 172.
[116]) Art. 319, 320 des Entwurfs.
[117]) § 152.
[118]) Art. 530.

Aufforderung zur gewerbsmäßigen Unzucht oder Herbeiführung der sittlichen Verderbnis ein Strafschärfungsgrund [119]).

Das türkische Strafgesetzbuch vom 1. 3. 1926 betrachtet es als Straferhöhungsgrund, wenn die Straftat von einem Verwandten aufsteigender Linie, Vormund, Pfleger, Erzieher, Lehrer, Dienstboten oder jemand begangen wird, dem die Person zur Erziehung, Beaufsichtigung oder Obhut übrgeben worden ist oder der auf diese Person Einfluß oder Gewalt ausübt. Bestraft wird auch, wer weiblichen oder männlichen Jugendlichen (Schutzalter 15 Jahre!) unzüchtige Worte zuruft [120]).

Das norwegische Strafgesetzbuch vom 22. 5. 1902 bedroht unzüchtigen Verkehr, zu dem sich jemand die Gelegenheit als Geistlicher, Lehrer usw. verschafft hat. Ferner schon den, der durch Mißbrauch seiner Gewalt eine untergeordnete oder seinem Hausstand angehörige Person Verhältnissen aussetzt, die ihre Sittlichkeit oder Rechtsschaffenheit ausdrücklich gefährden [121]).

Dänemark (Strafgesetz vom 15. 4. 1930) bedroht Mißbrauch der Stellung, um Pflegekinder, Mündel, zum Unterricht oder zur Erziehung anvertraute Frauenspersonen zum Beischlaf zu verführen.

Das niederländische Gesetz bedroht Vorsteher oder Aufseher in Etablissements oder Fabriken, die mit ihren minderjährigen Bediensteten oder Untergebenen Unzucht treiben.

Der deutsche Entwurf von 1927 sieht eine Reihe von Aenderungen auf dem Gebiete vor und will damit vorhandene Lücken ausfüllen und Reformbestrebungen anerkennen: Mißbrauch eines Kindes (d. i. eines Jugendlichen unter 14 Jahren) oder Verleitung zur Unzucht und die absichtliche Vornahme einer unzüchtigen Handlung vor einem Kind [122]), Unzucht, auch wenn sie nicht in der Vollziehung des Beischlafs besteht, mit einem minderjährigen Verwandten absteigender Linie [123]).

In den Kreis der Autoritätspersonen, die sich, wenn sie mit ihren minderjährigen Pflegebefohlenen Unzucht treiben, strafbar machen sind nunmehr auch die Stiefeltern und der Pfleger aufgenommen. Außerdem ist eine Aenderung sprachlicher Art vorgenommen worden, indem nunmehr die der Erziehung oder dem Unterricht der

[119]) Art. 531.
[120]) §§ 417, 421.
[121]) Art. 199, 380.
[122]) §§ 91, 286, 299.
[123]) § 291.

Autoritätsperson anvertrauten „Schüler in Schutz genommen" werden[124]). Strafbar ist auch die Nötigung einer Frau zum außerehelichen Beischlaf, wenn sie unter Mißbrauch ihrer durch Dienst- oder Arbeitsverhältnis begründeten Abhängigkeit erfolgt (Antragsdelikt). Hat der Täter die Frau geheiratet, dann ist die Tat nur verfolgbar, wenn die Ehe für nichtig erklärt ist; Ehenichtigkeit ist also Prozeßvoraussetzung.

Die Frage, ob das absolute Schutzalter gegenüber unsittlichen Angriffen und Handlungen nach dem Vorbild ausländischer Gesetzgebungen bzw. Entwürfen[125]) auf 15 oder 16 Jahre erhöht werden soll, eine Frage, die auch für die Unzucht mit minderjährigen Pflegebefohlenen, wenn diese das absolute Schutzalter noch nicht erreicht haben, wegen der Bestrafung auf Grund des § 286 von praktischer Bedeutung werden könnte (Idealkonkurrenz), wird von der Begründung des Entwurfs verneint. Die Bedenken, die dagegen vorgebracht werden, dürften jedoch nicht durchschlagend sein. Eine Ermäßigung der Strafdrohung bräuchte nicht einzutreten. Der Nachteil für gefallene junge Mädchen in Gestalt der Abschreckung des Schwängerers von einer Eheschließung bei gleichzeitiger Bestrafung könne ebenfalls nicht von besonderen Gewicht sein. Es würden eben die Fälle der Zwangsheiraten seltener vorkommen, wenn das Schutzalter erhöht würde.

Zur Begründung der Bestrafung der Unzucht mit minderjährigen Abkömmlingen führen die Motive aus, es sei eine Lücke im geltenden Recht, daß der Vater oder der Großvater, wenn er mit seinen über 14 Jahre alten Kindern bzw. Enkeln unzüchtige Handlungen vornehme, wenn diese sich nicht als Beischlaf darstellen, im Gegensatz zu den Autoritätsperson des § 174, 1 StGB. straffrei bleibe. Die sittliche Verwerflichkeit und Strafwürdigkeit ist bei solchen Verfehlungen, die häufig Grenzfälle sind, weil das Delikt der Blutschande nur deshalb nicht verübt wird, weil die normale geschlechtliche Vereinigung aus Angst vor der Schwangerschaft und Vaterschaft unterbleibt, sicher nicht in Abrede zu stellen. Anderseits ist aber das Bedenken nicht von der Hand zu weisen, daß die Ausdehnung des Personenkreises der Autoritätspersonen auf die Aszendenten zu tief in die intimen Beziehungen der Familie eingreifen und die Gefahr bedeuten

[124]) 292: Eine Aenderung des Tatbestandes selbst, insbesondere eine Verengung des Kreises der Schutzbedürftigen soll nach der Begründung hierin nicht liegen.

[125]) Schweiz 16 Jahre, Griechenland und Belgien 15 Jahre.

würde, daß das Familienoberhaupt unter Umständen wegen einer geringfügigen unzüchtigen Handlung ins Zuchthaus kommen könne. Es wird daher zu erwägen sein, ob die Bestrafung der Aszendenten nicht nur im Fall grober oder gewohnheitsmäßiger unzüchtiger Handlung zu erfolgen habe [126]).

Im übrigen ist den Neuerungen des Entwurfs zuzustimmen; daß er im Gegensatz zum geltenden Recht allgemein nur solche unzüchtigen Handlungen unter Strafe stellt, die an minderjährigen Pflegebefohlenen verübt werden, ist beifallswert; denn es ist nicht anzunehmen, daß Vormünder, Adoptiv- und Pflegeeltern bei Vornahme unzüchtiger Handlungen mit volljährigen Schützlingen die Autorität mißbrauchen. Unter Zugrundelegung der früher erörterten Rechtslehre und Rechtssprechung zu § 174, 1 StGB. ergibt sich, daß diese Strafbestimmung aber auch noch in anderer Beziehung reformbedürftig und ausdehnungsbedürftig ist. Allerdings nicht nach der Richtung, daß man den Mißbrauch des Autoritätsverhältnisses, anstatt ihn zu vermuten, ausdrücklich als beweisbedürftiges Tatbestandsmerkmal in die Strafdrohung aufnimmt [127]), weil in diesem Fall der Strafbestimmung die ihr im Interesse der Schutzbefohlenen verliehene Schärfe genommen würde, aber nach anderen Richtungen: Unter Strafe sollte gestellt werden die Verleitung Minderjähriger durch die Autoritätspersonen zur Vornahme unzüchtiger Handlungen, zum vorzeitigen normalen geschlechtlichen Verkehr und insbesondere zur gewerbsmäßigen Unzucht. Zu erwägen ist auch, ob nicht nach dem Vorbild des griechischen Strafgesetzentwurfs der Mißbrauch der seelsorgerischen Amtsautorität bzw. die Verübung unzüchtiger Handlungen mit Minderjährigen in Ausübung der Seelsorge unter Strafe gestellt werden soll.

Die Vornahme unzüchtiger Handlungen sollte aber auch dann bestraft werden, wenn sie an oder mit Minderjährigen unter Mißbrauch des Arbeits- und Dienstverhältnisses oder unter Benützung einer Notlage oder Hilfslosigkeit erfolgt. Liegt doch den sämtlichen Sittlichkeitsdelikten an oder mit Minderjährigen das Prinzip zugrunde „verstärkter Schutz des geschlechtlich-sittlichen Lebens des Unmündigen mit Rücksicht auf seine geschlechtliche Unreife, Unerfahren-

[126]) So mit Recht Köhler Gerichtssaal Bd. 96, 360 ff.

[127]) Dorn, S. 40, 41 schlägt dies vor, um die 22jährige Klavierlehrerin, die mit einem 20jährigen Schüler ein intimes Liebesverhältnis anknüpft, vor der Zuchthausstrafe oder doch einer Gefängnisstrafe von mindestens 6 Monaten bewahren.

heit und schwächere Widerstandskraft gegen einen Anreiz zum unsittlichen Handeln".

Zu fordern ist auch, daß der Arzt, der in Ausübung seines Berufs an einem Minderjährigen unzüchtige Handlungen vornimmt, unter Strafe gestellt wird; dagegen dürfte das Abhängigkeitsverhältnis zwischen Anwalt und Klientin nicht so stark sein, daß die letztere gegen unzüchtige Handlungen geschützt werden muß.

Bis zur Reform und auch für die Zeit nach der Reform werden aber für die strafrichterlichen Beurteilungen von sittlichen Verfehlungen an oder mit Personen, die in einem Autoritätsverhältnis oder einem diesen Verhältnis ähnlichen sozialen oder wirtschaftlichen Verhältnis stehen, die nachstehenden Erörterungen von praktischer Bedeutung, da sie für einzelne Fälle unter Umständen schon den Richter ermächtigen, rechtschaffender Pionier auf dem Gebiet der Strafrechtsreform zu sein.

Strafbar war bis zum 1. 9. 1935 [128]) nur die Tat, welche alle von einer Norm aufgestellten äußeren und inneren Tatbestandsmerkmale erfüllte § 2 StGB. Nunmehr hat der Gesetzgeber vorgeschrieben, daß die Tat nicht nur dann bestraft wird, wenn dies im Gesetz ausdrücklich erklärt ist, sondern auch dann, wenn dies nicht der Fall ist, die Tat aber nach dem Grundgedanken der Norm und der im Volksgewissen wurzelnden Meinung (sogenanntes gesundes Volksempfinden) die Strafe verdient. Läßt sich nach diesen beiden Gesichtspunkten die Strafbarkeit nicht begründen, dann kann die Tat nach dem Gesetz bestraft werden, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft. Im ersten Fall handelt es sich um ausdehnende Auslegung des Strafgesetzes, im zweiten Fall um entsprechende Anwendung des Strafgesetzes (Rechtsanalogie). Die ausdehnende Auslegung, die dann Platz greift, wenn der Richter bei der zweifelsfreien Annahme, daß der Gesetzgeber die Tat, wenn ihm ihre mögliche Erscheinungsform zum Bewußtsein gekommen wäre, ausdrücklich zum Gegenstand der Strafnorm gemacht hätte, die Tat als Erfüllung des gesetzlichen Tatbestands betrachten darf, hat den Vorrang vor der entsprechenden Anwendung. Sie kommt aber dann nicht in Frage, wenn sicher ist, daß der Gesetzgeber bewußt davon abgesehen hat, Lebensvorgänge, die ihm bekannt waren, nicht mit Strafe zu bedrohen.

[128]) Zeitpunkt des Inkrafttretens der Strafrechtsnovelle vom 28. 6. 1935, der den § 2 StGB. ergänzt hat.

Bei der entsprechenden Anwendung macht sich der Richter zum Gehilfen des Gesetzgebers. Er füllt durch Aufstellung eines neuen Rechtssatzes Lücken des Gesetzes aus, indem er Lebensvorgänge, die im Zeitpunkt der Gesetzgebung wegen der sozialen, wirtschaftlichen und sonstigen Verhältnisse überhaupt nicht möglich oder doch voraussehbar waren, als strafwürdig erklärt. Er sucht eine, das allgemeine Rechtsgefühl, das gesunde Volksempfinden verletzende Entscheidung dadurch hintanzuhalten, daß er nach ungeschriebenem Recht urteilt [129]).

Gesetzesreformen sind daher künftig im Strafrecht nicht mehr in dem Umfang nötig wie bisher, wenigstens nicht durch den Gesetzgeber selbst, da Fälle, die nicht mit der ausdehnenden Auslegung erfaßt werden können, dem Richter die Ermächtigung geben, auf dem Gebiet des Strafrechts rechtsschöpferisch tätig zu werden [130]). Aber auch die entsprechende Anwendung eines Strafgesetzes ist ausgeschlossen, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß der Gesetzgeber die Bestrafung hätte vorschreiben können, dies aber nicht gewollt hat.

Nach diesem Rechtszustand dürfte schon jetzt der Richter in der Lage sein, einzelne der früher erwähnten Fälle, in denen, obwohl ein Autoritätsverhältnis jedenfalls im weiteren Sinn vorliegt, die Rechtsprechung und Rechtslehre die Anwendung des § 174, 1 StGB. verneint, sei es unter dem Gesichtspunkt der ausdehnenden Auslegung oder der entsprechenden Rechtsanwendung als strafwürdig zu betrachten. Dies gilt insbesondere für die Autoritätsverhältnisse familienrechtlicher Natur, da zur Zeit des Inkrafttretens des Strafgesetzbuches die verschiedene Ausgestaltung der familienrechtlichen Schutz-, Fürsorge- und Aufsichtsverhältnisse dem Gesetzgeber noch nicht bekannt waren.

Ein Gebot der Vorsicht und des Taktes bei dem behördlichen Zusammenarbeiten wird es aber sein, daß der Richter dem eigentlichen Gesetzgeber nicht mit einer Zwischenlösung in Gestalt von Schaffung ungeschriebenen Rechts vorauseilt, es sei denn, daß dies unbedingt nötig ist. Er würde dadurch den Uebergang vom alten zum neuen Recht nicht fördern, sondern erschweren [131]).

---

[129]) Simeon, Bd. I, § 9, Ziff. 3; Freiesleben, Anm. zu § 2 StGB.

[130]) Verfahrensrechtliche Bestimmungen siehe §§ 170 a, 267 a, 347 a StPO. (Gesetz vom 28. 6. 1935; RG.Bl. I, S. 844).

[131]) Freiesleben, § 2, Anm. 6.